Der Trödelvertrag.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde beider Rechte

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Universität Freiburg (Schweiz)

vorgelegt von

Max Wolfgang Victor Naumann

Oberlandesgerichtsreferendar a. D.

aus Berlin.

München 1902.

Druck von M. Ernst, Senefelderstrasse 4.

Der Trödelvertrag.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde beider Rechte

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Universität Freiburg (Schweiz)

vorgelegt von

Max Wolfgang Victor Naumann

Oberlandesgerichtsreferendar a. D.

aus Berlin.

AGA D.
LMU BAT
BIBL.

München 1902.

Druck von M. Ernst, Senefelderstrasse 4.

Meiner geliebten Frau

zugeeignet.

Der Trödelvertrag.

§ 1. Unter dem Namen Trödelvertrag wird ein Vertrag verstanden, bei dem der eine der Kontrahenten, der sogenannte Vertrödler, dem andern, dem sogenannten Trödler, eine Sache unter Festsetzung eines Schätzungspreises zum Verkauf übergiebt, mit der Bestimmung, ihm entweder den abgeschätzten Preis zu erstatten, oder die Sache zurückzugeben.

Die Digestenstelle, auf die sich dieser Vertrag gründet, ist der dritte Titel des 19. Buches, der folgenden Wortlaut hat:

De æstimatoria actione. L. 1 pr. Ulp. lib. XXXII ad edict. Actio de æstimato proponitur tollendae dubitationis gratia; fuit enim magis dubitatum, cum res æstimata vendenda datur, utrum ex vendito actio sit propter æstimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati: Meliusque ita visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam æstimatoriam præscriptis verbis actionem. — Est enim negotium civile gestum et quidem bona fide, quare omnia et hic locum habent, quae in bona fide iudiciis diximus. — Æstimatio autem periculum facit eius, qui suscepit. Aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut æstimationem, de qua convenit.

L. 2 Paul lib XXX ad edict: Hæc actio utilis est, et si merces intervenit.

Der Jurist spricht an dieser Stelle nicht von einem ästimatorischen Vertrag[1]), sondern nur von einer ästimatorischen Klage, über die er folgendes sagt: Die Schätzungsklage wurde zur Beilegung von rechtlichen Unklarheiten gegeben. Man war nämlich sehr uneinig, ob bei Hingabe einer abgeschätzten Sache zum Verkauf die Kaufklage wegen der Aestimation anzustellen sei, oder die Mietklage, als ob man die Sache zum Zweck des Verkaufs vermietet habe; oder die Klage aus dem Dienstvertrag, gleich wenn man Dienste gemietet, oder endlich aus dem Mandat. Schliesslich erschien es angebrachter, die gedachte Klage anzuwenden. Denn war man über den Namen irgend eines Kontrakts in Zweifel, darüber aber einig, dass eine Klage aufzustellen sei, so muss die ästimatorische Klage præscriptis verbis angewandt werden. — Es handelt sich nämlich hier um ein civilrechtlich geschütztes Geschäft, und zwar um eines, auf das die Grundsätze der bona fides anzuwenden sind. Daher kommen alle Rechtsvorschriften in Betracht, die bei den iudicia bonae fidei aufgestellt sind. — Die Gefahr geht durch die Schätzung auf den Trödler über; der also entweder die unversehrte Sache oder die Schätzungssumme zurückerstatten muss. — Diese Klage findet analoge Anwendung, auch wenn ein Lohn ausbedungen ist.

---

[1]) Nicola Coviello (del contratto estimatorio Rivista per le scienze juridiche XV e XVI) sagt sehr richtig über den verfehlten Namen contr. æstimatorius (XV, S. 366): Nè sembra bene appropriata, perchè non denota lo scopo che il contratto si propone: «Contratto estimatorio come suonano le parole, non vorebbe dire altro che contratto in cui interviene una stima, e così non significa nulla, perchè contratti in cui può intervenire la stima son tanti». Hingegen lobt er sehr den deutschen Namen Trödelvertrag: «Solo i tedeschi hanno un nome più adeguato per questo contratto: lo chiamano Trödelvertrag».

§ 2. Durch analytische Methode kann man demnach nur den Vertrag aus den für die Klage gegebenen Grundsätzen herausfinden. Den solchermassen gefundenen neuen Vertrag nannte man späterhin, nach Analogie der ästimatorischen Klage, contractus æstimatorius; in Deutschland erhielt er den Namen Trödelvertrag. Wann zuerst dieser Name in Gebrauch kam ist unbestimmt, vor 1710 finde ich ihn aber nirgends in der Literatur angewandt.

Zunächst ersieht man aus den Ulpiansworten eines, dass nämlich die römischen Juristen selbst lange Zeit über Natur und Wesen des Vertrages im Zweifel waren. Und das mussten sie auch sein. Denn der Kontrakt erinnert in seinen verschiedenen Modalitäten so oft an andere Kontrakte, die Grenzlinien sind so fein gezogen, dass es sicherlich einiger Zeit und einiger Mühe bedurfte, ehe man zur Erkenntnis eines eigentümlichen neuen Rechtsverhältnisses gelangte. — Zum Schluss kann man immer noch zweifelhaft sein, ob der so gewordene Vertrag aus zwingenden Gründen innerer Notwendigkeit, oder nicht vielmehr aus äusserer Verlegenheit entstanden ist.

Die schliesslich gefundenen Bedingungen: Hingabe einer abgeschätzten Sache zum Verkauf einerseits, andrerseits Wahl der Rückgabe der Sache oder Zahlung des Schätzungspreises und Recht auf den Mehrerlös aus dem Verkauf, scheinen mehr auf das Verlegenheitsprodukt, als auf die logische Notwendigkeit hindeuten zu wollen.

§ 3. Man überlege nur, wie viel allein darauf ankommt, wer den Anstoss zum Abschluss des Geschäftes gegeben, ob der Trödler oder der Vertrödler, in wessen Interesse es also unternommen wird? Durch die verschiedene Beantwortung dieser Frage kann der Trödelvertrag den mannigfaltigsten andern Kontrakten

ähnlich werden (cf. l 17, D XIX 5), es kann dadurch auch der Zweck der Aestimation beeinflusst werden, indem sie bald mehr taxationis, bald mehr venditionis causa unternommen zu sein scheint.

Welche Mannigfaltigkeit ferner in den angegebenen Bedingungen: Eine Sache wird zum Verkauf gegeben, unter der notwendigen Bedingung der vorherigen Schätzung; ist sie übergeben, so kann der Trödler sie entweder verkaufen, oder er behält sie unter Zahlung des Schätzungspreises für sich, oder endlich darf er sie restituieren! — Ueber den Verkauf selbst schuldet der Trödler dem Vertrödler keinerlei Rechenschaft, der Erlös, d. h. der Gewinn über dem Schätzungspreis fliesst in seine Tasche. Für seine Bemühungen erhält der Trödler keinen bestimmten Lohn, er kann ihn aber auch erhalten, unbeschadet des Vertragscharakters.

§ 4. Der Trödelvertrag hat also eine eigentümlich schwer zu definierende Natur, eine, ich möchte sagen, Chamäleonsnatur, indem er in den verschiedensten Farben schillert, und bald dem, bald jenem Kontrakt ähnelt. Bald glaubt man in ihm einen Kauf, bald ein Mandat, eine Miete oder einen Gesellschaftsvertrag zu erkennen, und trotz aller Aehnlichkeit ist er doch keinem der genannten Verträge ganz congruent; irgend ein Unterschied lässt sich immer finden! Kurz, der Trödelvertrag ist, um das treffende Brinz'sche Wort zu gebrauchen, «ein Mischling» verschiedener Verträge. — Es wird sich daher zunächst darum handeln müssen, die Aehnlichkeits- und Differenzpunkte unseres Vertrages mit andern Verträgen klarzulegen. — Um welche Verträge es sich handelt, sagt das citierte Ulpiansfragment, zwei andere Fragmente desselben Juristen (l 13 pr. D XIX, 5 u. l. 44 D XVII, 2) fügen den dort angegebenen noch den Gesellschaftsvertrag hinzu.

Vergleich des Trödelvertrages mit anderen Verträgen.

§ 5. An erster Stelle vergleicht Ulpian den Trödelvertrag mit dem Kauf und giebt als Grund hierfür an «propter æstimationem». Allerdings bewirkt auch die Aestimation in manchen Fällen, dass durch sie das Geschäft, bei dem sie vorgenommen wird, einen Kaufcharakter oder kaufähnlichen Charakter erhält; um den vornehmsten Fall anzuführen, so denke man nur an die dos venditionis causa æstimata: l 10 § 4 D XXIII 3: secutis igitur nuptiis, æstimatio rerum perficitur et fit vera venditio . . . § 5, eod. l. . . . quia æstimatio venditio est (cf. auch l 3 D XIX 2 über das æstimatum instrumentum bei der Verpachtung).

Denken wir nun uns den einen Fall des Trödelvertrages, bei dem der Trödler den Anstoss zum Geschäft gegeben hat, wo der Verkauf demnach in seinem Interesse in erster Linie unternommen wird, er nicht nur als Beauftragter, sondern als der eigentliche Herr des Geschäftes auftritt, so zeigt die Aestimation eine gewisse Aehnlichkeit mit der venditionis causa, indem sie hauptsächlich den Zweck verfolgt, dem Trödler anzugeben, wieviel er dem Vertrödler zu entrichten hat und nur nebenbei ihm den Massstab liefert, um wieviel er veräussern soll. Das ganze Geschäft erinnert an eine Art Kauf mit gewährtem Kredit zwischen Trödler und Vertrödler. Und doch sind wesentliche Unterscheidungsmomente vorhanden.

Erstens handelt es sich auch bei der æstimatio venditionis causa trotz der positiven Behauptung der oben citierten lex sicherlich nicht um ein dem Kauf absolut congruentes Geschäft, sondern nur um eine «juristische Denkform», denn die Absicht zu kaufen

mangelt, die unbedingt zur emptio venditio gehört. Und auch die Quellen sprechen an andern Stellen durchaus nicht mit diesem Brustton von einem wahren Kauf (cf. l 5 C. V 12, wo der Ehemann als summæ veluti pretii debitor bezeichnet wird; l. un. § 9 C. V 13, wo der Mann quasi emtor genannt ist; l 16 D 23, 3 . . . quia non simplex venditio est, sed dotis causa), sondern nehmen vielmehr einen Quasikauf an.

Zweitens existieren aber auch noch andere Trennungsmomente. — Chambon (Beiträge zum Obligationenrecht 7, 1. Die Lehre von dem contr. æst. S. 93) findet den Unterschied, der den Trödelvertrag prinzipiell vom Kauf trennt, in der Möglichkeit, dass beim Trödelvertrag die zum Verkauf gegebene Sache selbst restituiert werde, während beim Kauf dies nicht eintreten könne[1]). — Er giebt aber dann selbst Kaufarten an, bei denen dies dennoch vorkommen kann (ad gustum, si placuerit — si displicuerit), kann also trotz der Verschiedenheit dieser Restitution von der des Trödelvertrages nicht leugnen, dass Restitution überhaupt in beiden Fällen möglich ist. Die Restitution als solche wird also nicht das trennende Moment sein. — Der Gedanke an die Restitution ist richtig, nur liegt der Unterschied nicht in der Restitutionsmöglichkeit, sondern darin, dass in dem einen Fall die Restitution in obligatione ist, in dem andern nicht. «Hier und dort kann restituiert werden, hier und dort kann nicht mehr restituiert werden, ob mehr oder weniger oft, das macht keinen Unterschied... Während Chambon den Ton auf die Möglichkeit, auf das

---

[1]) Auch Glück Pandektenkommentar B. XVIII, S. 64 ist gleicher Ansicht; cf. auch die Gothofredische Note: «quia res ea mente non est data ut perpetua iure esset apud accipientem, sed ut eam restitueret aut pretium».

Heimschlagen = Können legt, liegt er uns im Sollen, darin, dass im Trödelkontrakt die Zurückgabe, wenngleich nur alternativ in obligatione ist. Das kommt beim Kauf nicht vor.» (Brinz: Kritische Blätter 1, S. 13. cf. auch Coviello l. c. XV, S. 402 u. 403; Koch: Die rechtliche Natur des Trödelvertrages S. 12 und 13; Cohn: Der Trödelvertrag S. 47; Bachmann: System des Kaufs nach gemeinem R. S. 409 flgd.; Michaëlis: Der Trödelvertrag S. 22; Arnold: Ueber den Trödelvertrag und insbesondere sein Verhältnis zur Verkaufskommission S. 39 und 40; Wohlfahrt: Der Trödelvertrag S. 7; Friedrichs: Trödelvertrag und Conditionsvertrag S. 30; Liebert: Beiträge zur Lehre von Contractus æst. S. 42—44).

§ 6. Ein andrer Unterschied liegt meines Erachtens darin, dass der Verkäufer an eine bestimmte Person veräussert, der Vertrödler an eine unbestimmte. Gegebenen Falls kann dies der Trödler sein, wofern er die Aestimation bezahlt und die Sache für sich behält, vorausgesetzt ist dieser Fall aber nicht.

Wenn der Trödelvertrag mit dem Kauf zum Zweck des Weiterverkaufs verglichen ist (Chambon l. c. S. 96), so gestehe ich, dass ich diesen Vergleich nicht ganz verstehe, dass ich das tertium comparationis nicht zu finden vermag.

Wenn ich einmal verkauft habe, so hat es für mich kein weiteres Interesse, was in der Folge mit der verkauften Sache geschieht; beim Trödelvertrag gebe ich eine Sache zum Verkauf hin und bleibe beim Geschäft immer insofern interessiert, als es sich für mich darum handelt, ob ich die Sache selbst zurückbekomme, oder den abgeschätzten Preis ausbezahlt erhalte.

§ 7. Ulpian vergleicht ferner den Trödelvertrag mit der Werk- und Dienstmiete (quasi rem vendendam locasse videor, . . . quasi operas conduxissem).

An eine andere Mietsart konnte Ulpian schwerlich denken, denn wenn ich mir eine Sache miete, so thue ich es zum Zweck des Gebrauchs, zum Zweck der Nutzung, wenn mir aber eine Sache zum Verkauf übergeben wird, so ist der Gedanke an eine frui licere ausgeschlossen. Wenn Chambon l. c. S. 97 anderer Ansicht ist, so ist er wohl durch den Ausdruck rem v. locasse verführt worden, an eine Sachmiete zu denken. Die Gerundivkonstruktion steht hier augenscheinlich für quasi venditionem rei locasse videor (cf. auch Brinz l. c. S. 5 und 6, sowie Förster: Preussisches Privatrecht B. II, S. 149).

Aber dass sich der Trödelvertrag auch von der locatio-conductio operis unterscheidet, darüber sind alle Autoren einig, nur differieren sie in den Momenten, die dieses Resultat herbeiführen. Chambon findet den Unterschied in der Untentgeltlichkeit der Bemühungen beim Trödelvertrag, gegenüber dem Lohn bei der Miete. Brinz leugnet diese «Unentgeltlichkeit». Liebert (l. c. S. 28 und 29) erklärt den Unterschied dadurch, dass beim Trödelvertrag kein fester Lohn fixiert wird, sondern dass er ein vermögenswertes Recht dem Trödler einräumt, der dafür eine ihm selbst überlassene Thätigkeit zu entwickeln übernimmt. Aehnlich urteilt Friedrichs (l. c. S. 22), der noch als ferneres Moment anführt, dass der Dienstmieter gar keine eigne Spekulation machen darf. Gänzlich anderer Anschauung ist Koch (l. c. S. 4 und 5), der eigentlich gar keinen Unterschied zwischen beiden Verträgen anerkennt. Arnold (l. c. S. 40) findet ihn in dem certum der merces bei der Miethe, dem incertum der merces beim Trödelvertrag. Dieselbe Ansicht finden wir auch bei Michaëlis (l. c. S. 27—29), der besonders auf das Bedenken eingeht, das der Satz: hæc actio utilis est et si merces intervenit einflösst. Ebenfalls Wohlfahrt (l. c. S. 9) ver-

tritt die gleiche Meinung. Auch Coviello (l. c. B. XV, S. 407) stimmt dem bei, indem er noch einen besondern Unterschied zwischen dem «Profit» des Trödlers und dem Lohn bei der Werkmiete in allen Fällen festhält und ferner erklärt: «E finalmente vale anche qui la differenza che il contratto estimatorio, potendo portare a una restituzione, è un contratto reale, mentre è contratto consensuale la locazione d'opera».

Arbeitet nun der Trödler, wie die Einen meinen, umsonst? Mir scheint ganz und gar nicht. «In seinem Herzen arbeitet der Trödler nicht minder als der Taglöhner um Lohn, niemals ist seine Leistung ein gratuitum, niemals unterscheidet er sich vom Taglöhner dadurch, dass er um keinen, sondern nur dadurch, dass er um keinen gewissen Lohn arbeitet.» (Brinz l. c. S. 9). — Der Ueberschuss, den er beim Verkauf erlangen will, ist eben sein Lohn, ihm gelten seine Bemühungen: also in dem Unterschied zwischen gewissem und ungewissem Lohn liegt die Differenz.

§ 8. Dem scheint das Paulusfragment: «Hæc actio utilis est, et si merces intervenit» zu widersprechen. Denn hier wird ein bestimmter Lohn gewährt, und trotzdem soll eine actio ad exemplum æstimatoriae utiliter gegeben werden, nicht die actio locati conducti, wie man vermuten sollte, angewandt werden. Um den scheinbaren Widerspruch zu lösen, muss man die Begriffe merces und actio utilis des Fragmentes eingehender behandeln, denn man kann doch nicht ohne weiteres annehmen, dass, wenn eine Klage für das Bemühen ohne bestimmten Lohn gegeben ist, eine analoge Klage für das gerade Gegenteil nachgebildet wird. Wir haben gesehen, dass der Trödler auf den Ueberschuss spekuliert, den er beim Verkauf erzielen will, dass jener seine eigentliche «merces» ist. Wird dieser Zustand nun durch das Hinzukommen eines

fixierten Lohnes aufgehoben? Keineswegs; denn der fixierte Lohn ist nur ein Teil des ganzen Gewinnes, der deshalb doch unbestimmt bleibt, da eben der Ueberschuss noch hinzukommen soll. Addieren wir etwas Unbestimmtes zu etwas Bestimmtem, so kommt stets etwas Unbestimmtes heraus. Mathematisch ausgedrückt, stellt sich die Lohnformel folgendermassen, wenn wir y als den Gesamtgewinn des Trödlers, a als die merces und x als den Spekulationsgewinn betrachten:

$$a + x = y, \text{ in Zahlen } 100 + x = y.$$

Y wird also genau so unbestimmt sein, als wenn keine bestimmte Vergütung ausgemacht ist. Das einzige Bestimmte, das wir wissen ist, dass y zum mindesten = a, also 100 sein muss.

Aber dieses a, diese merces, ist auch kein essentiale beim Trödelvertrag, ihr Hinzutreten verhindert nur nicht sein Existentwerden; das Behalten der Hyperocha ist aber ein essentiale. Wäre es umgekehrt, wäre die merces ein essentiale, das Behalten der Hyperocha nur eine Zuthat zum Vertrag, dann nur hätten wir es mit einer locatio conductio zu thun (cf. auch Windscheid Pandekten II, § 383)[1]).

Der Ausdruck «utilis» des Paulusfragments wurde früher folgendermassen interpretiert: Es wird in l. 2 die Klage auf den bedungenen Lohn nur utiliter zugelassen, und hiermit hinlänglich bewiesen, dass dieser Fall einerseits die Ausnahme, nicht die Regel ist, andrerseits die Klage nicht für ihn gegeben, sondern nur auf ihn ausgedehnt war. — Wir haben nun erfahren, dass das Hinzutreten der merces an dem unbestimmten

---

[1]) Chambon erklärt die merces so, dass sie nur in der Voraussetzung erfolgten Weiterverkaufes möglich sei, so dass sie eher ein proxeneticum, als einen Mietzins darstelle. Er giebt aber keinen Quellennachweis, worauf er diese seine Ansicht stützen könnte, daher ist ihm nicht beizustimmen.

Lohn des Trödlers nichts ändert, dass also ein wesentlicher Unterschied zwischen einem Trödelvertrag mit und ohne bestimmter merces gar nicht besteht, wir brauchen deshalb auch nicht anzunehmen, dass eine actio utilis für diesen Fall gegeben wurde. Paulus scheint mir vielmehr zu sagen, diese Klage sei auch utilis für den Fall der merces, nicht aber dass sie in dem Fall eine utilis actio sei. Er sagt also: auch bei ausbedungenem Lohn lässt sich die æstimatoria actio anwenden, und das war sehr richtig, da das Hinzukommen der merces an den wesentlichen Bestandteilen des Vertrages nichts änderte; nicht aber sagt er, dass in diesem Fall eine utilis actio ad exemplum æstimatoriae gegeben sei (cf. Brinz, l. c. S. 7 und Förster, l. c. II, S. 149)[1]).

§ 9. Mit dem Mandat vergleicht Ulpian unsern Vertrag, giebt aber keinen Grund an, weswegen er es thut. Die Vergleichsmomente sind freilich auch so auffallend, dass er nicht nötig hatte, sie erst speciell anzuführen. In beiden Fällen liegt ein Auftrag zu einem Geschäft mit einem Dritten vor. Der Tradent erwartet in beiden Fällen eine gewisse Thätigkeit von dem Uebernehmer, also giebt er jedesmal dem Uebernehmer eine Art Vollmacht. Speciell der Fall des Trödelvertrages, bei dem der Vertrödler Anstoss zum Geschäft gegeben hat, bei dem es in seinem Interesse unternommen wird, erinnert an das Mandat. Der eigentliche

---

[1]) Die Anschauung von Michaëlis (l. c. S. 27) und Wohlfahrt (l. c. S. 9), die einen feststehenden Unterschied zwischen actio utilis und utilis actio konstruiert, vermag ich nicht zu teilen. Im allgemeinen scheinen mir beide Begriffe dasselbe andeuten zu wollen, und nur in unserm speziellen Fall ist das utilis adjectivisch zu konstruieren. Wir haben hier einen singulären Fall, können aber aus ihm keinen verallgemeinernden Rückschluss ziehen.

Herr bleibt der Vertrödler, während die Rolle des Trödlers an die des Mandatar erinnert, die Aestimation zeigt dann eine gewisse Aehnlichkeit mit der æstimatio taxationis causa, indem sie hauptsächlich anzugeben scheint, um wieviel der Trödler veräussern soll; kurz das ganze Geschäft hat entschieden etwas Mandatähnliches.

Die verschiedensten Ansichten sind über den Unterschied beider Verträge aufgestellt worden. Cocceji findet ihn darin, dass in dem einen Fall ein Lohn gegeben werden kann, in dem andern nicht (ius civile controvers ad XIX 3 Qu. V). J. H. Böhmer (Dissert. de translatione dominii in cont. æst. § 13) leitet ihn aus der Verschiedenheit der Aestimation, die beim Trödelvertrag venditionis causa sei, beim Mandat nicht, ab; Glück (l. c p 65) sucht ihn in dem Moment, dass der Trödler die Hyperocha behalten kann, der Mandatar nicht; Chambon (l. c. p. 103) ist der Meinung, dass man auf die Haftung zu sehen habe, der Trödler könne sich durch den gewissenhaftesten Weiterverkauf nicht von der Haftung befreien, der Mandatar sei mit der Erfüllung seines Auftrags von jeder frei; Brinz stellt die Gratuität des Mandates der Nichtgratuität des Trödelvertrags gegenüber. Coviello (l. c. B. XV, S. 409) meint: «La vera differenza scaturisce dall' essenza stessa dei contratti. Nella commissione, come nel mandato, in cui il mandatario, agisce in proprio nome, chi ha avuto l'incarico o la commissione, sebbene agisce in nome proprio, contrare tuttoria per conto e nell' interesse del mandante o del committente. Nel contratto æstimatorio invece chi ha ricevuto la cosa, la vende per suo conto e suo interesse.» Genau dieselbe Ansicht teilt Liebert (l. c. S. 37), auch Arnold (l. c. S. 42—45) steht auf ähnlichem Standpunkt und führt ausserdem die Gratuität des Mandates

ins Treffen. Cohn (l. c. S. 48) stimmt diesen Autoren bei, während Koch (l. c. S. 6) in der Verpflichtung des Mandatars, zum Handeln, die der Trödler nicht übernimmt, die Differenz findet, eine Auffassung, die wir auch bei Friedrichs (l. c. S. 21) finden, und die auch Wohlfahrt zu teilen scheint, wenn er schreibt (l. c. S. 11): «Die Befugnis des Trödlers die Sache zu behalten, schliesst die reine Mandatsnatur des Trödelvertrages aus». Michaëlis endlich (l. c. S. 30 und 31) übernimmt ziemlich alle die vorher angeführten Gründe.

§ 10. Mir scheint vor allem die Gratuität des Mandats das wesentliche Unterscheidungsmoment zu bilden. Aus ihr folgt zunächst, dass der Trödler die Hyperocha behält, der Mandatar nicht. Hierfür sprechen auch die Quellen: l. 13, pr. D XIX, 5: «Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes: placet neque mandati esse actionem, ... quia mandata gratuita esse debent».

Zweitens folgt hieraus, dass der Trödler eine merces erhalten kann, nicht aber der Mandatar. Nun hat man wohl die merces des Trödelvertrages mit dem salarium des Mandats verglichen und gemeint, die Mandate brauchten ebenfalls nicht gratuita zu sein. Dann würde aber immer noch der Unterschied bestehen bleiben, dass in dem einen Fall der Lohn ein bestimmter, in dem andern durch das Hinzukommen der Hyperocha ein unbestimmter wäre. Ferner sprechen sich gegen eine solche Zusammenstellung die Quellen selbst aus: l. 1, § 4, D. XVII, 1: «Mandatum nisi gratuitum nullum est! Nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium est officio merces. Interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.» In diesem Paulusfragment wird also das Hinzukommen einer merces geradezu als contrarium für das Mandat

angenommen. Daher bedeutet merces und salarium verschiedenes: merces ist die Miete, der Lohn für eine Arbeit, salarium eine Art Anerkennung, eine Aufmerksamkeit für einen Pflicht- oder Gefälligkeitsdienst.

Kurz sei auch noch der späteren Abart des Mandats, der Kommission gedacht. Bei ihr fällt freilich die Gratuität fort, der Kommissionär wird bezahlt und schliesst das Geschäft im eignen Namen ab (§ 360 Handelsgesetzbuch), aber er darf die Hyperocha nicht für sich behalten, er ist ein für allemal durch die merces abgelohnt; denn er macht für fremde Rechnung, wenn auch im eignen Namen, Geschäfte. Selbst die dem Trödelvertrag am nächsten kommende del-credere Kommission weicht nur scheinbar von diesem Grundsatz ab, denn was über das limitum erzielt wird, muss der Kommissionär herauszahlen. Das hat Riccius (exerc. iur. camb. ex XI de mercibus in commissionem ad vendendum datis § 12) übersehen, wenn er meint: «Si ita pro solutione fidem præstet, contractum potius æstimatorium, quam mandatum initum fuisse». Denn wenn auch der Kommissionär für eigne Rechnung handelt, indem er für die Realisierung des Geschäftes einsteht, so kann er immer nur die del-credere Provision verlangen, mehr nicht. —

§ 11. An zwei Quellenstellen, die Ulpian entnommen sind, wird der Trödelvertrag mit der Societät verglichen. Wir müssen uns jedenfalls eine societas unius rei, nämlich zum Zweck des gemeinschaftlichen Verkaufes denken, und den Fall des Trödelvertrages annehmen, bei dem Trödler und Vertrödler gleiches Interesse am Verkauf haben, wo er zum Vorteil Beider geschieht. Die schon citierte l. 13 pr. D. XIX, 5 schreibt nämlich vor: «Si tibi rem vend. e. t. c. . . . . neque pro socio esse actionem . . . quia societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis

sed sibi certum pretium excepit»; ferner sagt l. 44, D. XVII, 2: «Si margarita tibi vendenda dedero, ut si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excederet tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus præscriptis verbis».

In den beiden Fragmenten scheint eine Antinomie vorzuliegen: in dem ersten wird erklärt, derjenige scheine eine Societät nicht abgeschlossen zu haben, der nicht zu gemeinsamem Gewinn aufgefordert hat, sondern die Sache um ein certum pretium zum Verkauf giebt. In dem zweiten Fragment hingegen heisst es, nicht durch die thatsächlichen Bedingungen sei in solchem Fall der Trödelvertrag ausgeschlossen, sondern nur dadurch, dass die Parteien den animus contrahendi societatis gehabt hätten. Die Glossatoren, die Scholien zu den Basiliken und Cujacius erklären: l. 13 sei lex generalis, l. 44 lex specialis. Chambon (l. c. S. 110) meint, im ersten Fall sei eine Societät deshalb nicht anzunehmen, weil derjenige, der zum Verkauf hingiebt und sich eine bestimmte Summe ausmacht, dadurch zeigt, dass er nicht an dem eventuell ungünstigen Erfolg des Weiterverkaufs teilnehmen will. Nicht das Vorausbedingen eines festen Preises, sondern der Umstand, dass das Geschäft nicht im Verhältnis von Gewinn und Verlust beide Teile treffe, sei es, der eine Societät ausschlösse. Es könne aber möglich sein, dass ausgemacht werde, ein Socius habe allen Schaden zu tragen; dieses sei der Fall der l. 44, dann käme es darauf an, ob die Parteien den animus contrahendae societatis gehabt hätten. Brinz ist der Ansicht, in den angeführten Stellen sei von zwei verschiedenen Abarten des Trödelvertrages die Rede: im ersten Falle gäbe der Vertrödler um einen Kaufschilling ein certum pretium hin, dann ähnle der Vertrag einem Kauf,

Societät sei ausgeschlossen; im zweiten Fall hingegen werde der Nehmer aufgefordert, dem Geber aus dem Erlös decem heimzubringen, dann könne man fragen, ob nicht der animus societatis vorliege. Coviello (l. c. XV, S. 415) frägt: «Qual' è l'effetto di questa diversa intenzione?» und antwortet: «Se voglio stringere una società e tu t'accordi in questo con me, bisogna che tu ed io vogliamo anche tutte le consequenze che naturalmente derivano dalla comune voluntà. Ora se in forza dell' intenzione di far società insieme, io son costretto a mettere in comune la res vendenda, tu devi metterci di tuo la tua abilità, la tua industria: altrimenti non si avrebbe società. Tu dunque sei obbligato a far di tutto per vendere. Ma quando quell' intenzione non è manifesta, l'accipiens non ha altro obligo che o di restituire la cosa o pagare il prezzo di stima, a sua scelta, egli non è obbligato ad impiegare la sua attività, dunque non è obbligato a mettere nulla in comune, dunque non v' è società.» Liebert (l. c. S. 47 und 48) schliesst sich der Brinz'schen Auffassung an, und hält den Fall der l. 44 für eine Societät. Arnold (l. c. S. 42) und Michaëlis finden übereinstimmend den Unterschied in dem animus societatis contrahendae, den die Kontrahenten beim Trödelvertrag niemals besitzen, eine Ansicht, die auch Cohn (l. c. S. 53) teilt, während Koch (l. c. S. 20) ganz im Gegenteil ausführt: «Der wahre Unterschied liegt nicht in dem animus contrahendae, sondern in der Natur der obligatio; beim contractus æstimatorius wird durch Hingabe der Sache eine alternative Verpflichtung des Empfängers begründet, bei der societas eine einfache.» Dieselbe Meinung vertritt auch Wohlfahrt (l. c. S. 11), wenn auch nicht ganz so bestimmt. Friedrichs endlich (l. c. S. 22) glaubt, dass die Spekulation den Societären gemeinsam sei, dem Trödler und Ver-

trödler aber nicht, sei der eigentliche Unterscheidungsgrund.

§ 12. Meiner Meinung nach ist es stets ein Charakteristicum der Societät, dass die Vertragsschliessenden als Gesellschafter zusammen wirken wollen Dies kann ausdrücklich oder stillschweigend im Vertragsabschluss liegen (cf. l. 32, D. XVII, 2). Im letzteren Fall ist es Sache des Richters, falls Zweifel eintreten, zu untersuchen, ob die Parteien den animus societatis contrahendae gehabt haben oder nicht. — Das certum pretium kann die Societät nicht ausschliessen: gilt auch im allgemeinen der Grundsatz, dass der Gewinn gemeinsam sei, so kann sich doch der eine Teil, der das Meiste leistet, sei es, weil er das Material zum Geschäft liefert, sei es, weil er besonders thätig war, vom Anfang an ein certum ausmachen (cf. l. 52, § 7, D. XVII, 2, l. 29, D. XVII, 2, § 1, J. III, 25); dieser Fall scheint mir beim Trödelvertrag immer vorzuliegen: der Vertrödler, der die Waare giebt, leistet mehr als der Trödler, der sie nur veräussert.

Folglich kann ich auch die behauptete Antinomie nicht zugeben, sondern stimme der Unterscheidung der l. 44 bei. Daher will mir der Brinz'sche Unterschied zwischen certum pretium und decem nicht einleuchten; ich meine vielmehr, das decem der l. 44 sei nur ein Beispiel des certi pretii der l. 13, hier sei von gleichen Verhältnissen die Rede. Als Beleg dient mir hierfür l. 52, § 7, D. 17,2 pro socio: «Inter Flavium Victorem et Bellicum Asianum placuerat, ut locis emtio pecunia Victoris monumenta fierent opera et peritia Asiani, quibus distractis pecuniam Victor cum certa quantitate reciperet, superfluum Asianus acciperet, qui operam in societatem contulct: erit pro socio actio.» Hier ist von einer Societät die Rede, trotzdem der Geldgeber, sein Geld cum certa quantitate, also einem im

voraus bestimmten Ueberschuss, d. h. einem certum pretium zurückerhält; nach Brinz wäre dann der Gedanke an eine Societät ausgeschlossen. Brinz findet freilich den Unterschied zwischen l. 13. und diesem Fall darin, dass einmal das pretium den Kaufschilling, das andremal nur einen gewissen Teil des Gewinnes bedeute. Sollten aber nicht auch auf das Verhältnis der l. 52 die Worte «qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit» passen? Denn auch hier ist der eine Teil nicht gleichberechtigter Socius, da der andre eine certa pecunia sich im voraus ausbedungen hat.

Mehr angebracht dürfte es scheinen, einen Unterschied beider Verträge darin anzunehmen, dass der Trödler sich jederzeit durch Zurückgabe der Sache vom Geschäft frei machen kann: das liegt in seiner alternativen Obligation: ant rem incorruptam ant æstimationem. Bei der Societät hingegen ist ein einseitiger plötzlicher Rücktritt des einen Teiles ohne vorherige Kündigung undenkbar, wie die Quellen ausdrücklich bezeugen (cf. l. 14, l. 15, l. 16, l. 17, l. 65, § 6, D. XVII, 2, § 4, J. III. 26).

Aeussere Stellung des Trödelvertrages im römischen Kontraktsystem.

§ 13. Welches die Stellung des Trödelvertrages im römischen Obligationensystem war, zeigt uns das Ulpiansfragment selbst an: der Kontrakt entsteht dadurch, dass eine Sache vendendum datur, hier geschieht das dare nicht solvendi, sondern contrahendi causa. Also nicht durch blossen Konsens wird der Vertrag begründet, sondern durch Hingabe einer Sache, wir haben es daher mit einem Realkontrakt zu

thun. Dass dieser Realkontrakt kein benannter sein kann, geht einerseits aus den Worten quotiens de nomine contractus alicuius ambigeretur hervor, andrerseits dadurch, dass für ihn eine actio præscriptis verbis gegeben ist, also eine Klage, die für die Innominatkontrakte üblich war. So einfach diese Thatsachen erscheinen, so sind sie doch von altersher keineswegs unbestritten geblieben. Auf Grund von Textemendationen hat man nämlich versucht, den Kontrakt unter die benannten Realkontrakte zu bringen; ferner hat man gemeint, der Prätor hätte ihn zwar unter die unbenannten Realkontrakte gezählt, damit aber einen logischen Fehler begangen, und endlich lässt man ihn zwar als unbenannten Kontrakt gelten, sagt aber D. XIX, 3 handle durchaus nicht von ihm allein, sondern er sei nur einer von vielen Fällen, für die eine ästimatorische Klage gegeben sei.

§ 14. Die erste Ansicht, dass der Trödelvertrag ein benannter Realvertrag sei, hat in älterer Zeit Riccius (de mercibus in commissionem vend. datis § 46) aufgestellt, ähnlicher Meinung waren Johann Ernst Flörke (Dissert. de contractu æstimat. tamquam contractu nominato Halle 1756), Spekuhn (Dissert. iurid. de contractu æstimat. tamquam contractu nominato Halle 1756), Langsdorf (Tract. de pactis et contractibus Romanorum) und Joh. Gottlieb Müller (Vindiciae contractus æstimatorii secundum eos qui in nominatorum numerum adserunt, tentatae Leipzig 1778). Einer wenig verschiedenen Ansicht huldigten Helldorf und Frantzke (Commentar ad. Pand. sub h. t.) welche contractus nominati regulares et irregulares unterscheiden und zu den letzteren den Trödelvertrag und den Tausch zählen: «quia ita proxime ad nominatos accedunt, ut inter veteres dubitatum fuerit, an non et illi nominati essent». Diese anscheinend anti-

quierte Ansicht hat neuerdings Franz Lipp in seinen «Beiträgen zur Lehre vom Trödelvertrag» wieder aufgenommen, indem er behauptet (l. c. S. 31), es sei gewiss, dass der Kontrakt, durch welchen eine taxierte Sache zum Verkauf hingegeben werde, unter den Verträgen auf Rückgabe eine genau bestimmte Stelle einnehme, dass die actio æstimatoria mit der actio præscriptis verbis unmöglich zusammengeworfen werden könne, weil nämlich die actiones præscriptis verbis solche seien, die eines civilrechtlichen Namens entbehrten. Wenn Lipp also auch nicht ausdrücklich behauptet, dass bei den Römern der Trödelvertrag ein contractus nominatus gewesen sei, so nähert sich doch seine Ansicht dieser Meinung so sehr, dass kaum noch ein Unterschied zu erkennen ist. Lipp, mit dessen Gründen wir uns noch eingehender befassen müssen, steht übrigens vereinzelt da, denn alle späteren Autoren teilen seine Ansicht nicht, obwohl ihn keiner gründlich widerlegt hat (cf. Michaëlis l. c. S. 17, Wohlfahrt l. c. S. 14, Koch l. c. S. 26, Cohn l. c. S. 66, Coviello l. c. XV, S. 368—71).

Was die zweite Anschauung betrifft, die der unlogischen Klassifizierung, so erklärt Baron (Pandekten § 307), der Prätor hätte richtiger gethan, das Geschäft nicht als einen Innominatkontrakt zu behandeln, sondern als eine Art des mandatum mea et tua gratia zu erklären.

Chambon meint, unser Vertrag sei zwar ein Innominatkontrakt, aber die Innominatkontrakte seien eigentlich keine Realkontrakte, da die letzteren einseitige Verträge mit einer Rück-, nicht mit einer Gegenleistung seien. Aehnlich hat schon J. H. Böhmer geurteilt (§3,l.c.) der schreibt: «Est quædam emtionis venditionis species.»

Brinz und Jhering endlich nahmen auf Grund von Textemendationen an, dass der contractus æstima-

torius nur einer von mehreren Verträgen gewesen sei, für die eine allgemeine actio æstimatoria præscriptis verbis proponiert war.

§ 15. Ehe ich mich mit der Controverse, vornehmlich gegen Lipp, beschäftige, wird es angebracht sein, die eigne Meinung aufzustellen und zu verfechten, weil aus ihr die meisten Gegengründe sich ergeben. Meine Ansicht geht dahin, dass die actio æstimatoria nicht nur eine actio præscriptis verbis gewesen ist, sondern sogar die erste und die einzige, die im Edikt proponiert war, dass daher gerade der Trödelvertrag als Ausgangspunkt aller Innominatkontrakte aufzufassen ist[1]). Die Gründe hierfür sind folgende:

1. Es gab im Edikt keine generelle Formel für die actiones præscriptis verbis. Der Prätor hatte eine solche nicht proponiert. Dies wird dadurch bezeugt,

[1]) Für diese meine Ansicht kommen die Arbeiten folgender Autoren in Betracht: Vangerow: Pandekten III, § 599; Gans: Ueber die fabelhafte Lehre von den Innominatkontrakten und dem ius pœnitendi (v. Obl. R. 3, S. 116 fgl.); Accarias: Théorie des contrats innommés et explication du titre de præscriptis verbis au Digeste (Paris 1866); Pernice: In krit. V. J. S. X, S. 68 fgl.; Derselbe: Ulpian als Schriftsteller (S. 8 fgl.); Karlowa: Rechtsgeschäft und seine Folgen, § 39, S. 237—239; Lenel: Edictum perpetuum, § 110; Dernburg: Pandekten II, S. 19 fgl. (6. Auflage); Gradenwitz: Interpolationen: VI Actio præscriptis verbis; Joseph Cros: De l'Estimation dans les actes produisant une obligation de réstitution (Toulouse 1894); N. Coviello (l. c. XV). — Es sei bemerkt, dass Dernburg (l. c.) mit Unrecht Karlowa das Verdienst zuschreibt, zuerst gefunden zu haben, dass der Ausgangspunkt für die Innominatkontrakte der Trödelvertrag gewesen sei. Vielmehr kommt dieses Lob Vangerow zu, der sagt (l. c.): «Zunächst dürfte eine solche Klage aufgekommen sein beim Trödelvertrag . . . und an diesen Fall reihten sich dann später Anwendungsfälle dieser Klage in immer grösserer Zahl an». — Uebrigens findet man in der citierten Schrift von Gans (S. 186) eine Bemerkung, die zeigt, dass auch dieser Jurist schon eine ähnliche Meinung gehabt hat.

«dass Paulus l. 5 D. XIX, 5 bei Besprechung der bekannten vier Schemata nichts von einer solchen Formel erwähnt; hätte sie existiert, so würde er sicher an sie angeknüpft haben». (Lenel l. c. § 110).

2. Hingegen war die actio æstimatoria im Edikt proponiert (actio æstimatoria proponitur tollendae dubitationis gratia, l. 1, pr. D. XIX, 3).

3. Diese actio æstimatoria war die einzige im Edikt proponierte sogenannte actio præscriptis verbis; das geht daraus hervor, dass bei den andern actiones præscriptis verbis nie der Ausdruck «proponitur» angewandt wird, so dass man deutlich erkennt, dass allein die actio æstimatoria durch prätorisches Edikt entstanden ist, die andern actiones præscriptis verbis im klassischen Recht gar nicht existiert haben, sondern dass es in ihm für sie (cf. Gradenwitz l. c. S. 124—126) nur ein præscriptis verbis agere gab, welches durch die Kompilatoren in actiones præscriptis verbis durch Interpolationen ersetzt wurde (cf. l. 1, § 1, D. XIX, 4: in factum dandam actionem respondetur, l. 1, § 1, D. XIX, 5: civilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit l. 1, § 2, h. t. . . . in factum civilis subiicitur actio, l. 19, pr. h. t. tutius est ita agere, ut Labeo ait, præscriptis verbis»).

Nicht nur ein äusseres Moment, sondern auch innere Gründe sprechen für diese Entwicklung; wir haben erfahren, dass die römischen Juristen zur Erkenntnis eines selbständigen Trödelvertrags durch den Vergleich mit anderen Verträgen gelangt sind; ebenso verfuhren sie anfänglich bei den andern Innominatkontrakten, indem sie versuchten, diese an benannte Verträge anzulehnen. Dies Verfahren ging so weit, dass sie öfters zweifelhaft waren, welche von beiden Klagen, die aus dem benannten Kontrakt oder die

utiliter, wenn man so sagen darf, dem Trödelvertrag nachgebildete anzuwenden sei.

l. 17 pr. D. XIX, 5. Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et Vivianus ait posse. Sed tutius præscriptis verbis agere.

l. 24, h. t. . . . quare tutius esse, præscriptis verbis in factum actionem dari.

Hier kann man deutlich den Einfluss der Trödelklage auf die andern Klagen erkennen. Der Trödelvertrag entstand durch Hingeben einer Sache, also durch das dare. Daher zuerst für die andern Innominatkontrakte die Formeln do ut des und do ut facios aufgekommen zu sein scheinen.

Erst später wurden auch die Arten der Innominatkontrakte klagbar, die mit einem facere begannen (cf. c. 6 C. II, 4 und l. D. XIX, 5). Daraus jedenfalls, dass diese letztere Art erst später entstanden ist, erklärt sich die bekannte Antinomie, dass in l. 5, § 3 D. XIX Paulus schreibt: «Quod si faciam ut des, et posteaquam feci, cessas dare: nulla erit civilis actio et, ideo de dolo dabitur», während in den l. 9, 15, 22, 25 desselben Titels das Gegenteil vorgeschrieben wird.

Man muss eben der Entwicklung Rechnung tragen, um diese Antinomie zu erklären: in dem Trödelvertrag war von einem dare die Rede, daher blieb man anfänglich bei diesem dare stehn und erst später kam das facere hinzu. Wofern nun der Trödelvertrag der erste Innominatkontrakt gewesen, ist es nicht schwer zu erklären, warum die Ueberschrift des Titels in der Florentina, warum der Basilikentext (auf welche beiden Punkte wir bei der Lipp'schen Ansicht noch zu sprechen kommen werden) nur von einer ästimatorischen Klage sprechen. Man gab der Trödelklage einen besondern Namen, weil sie die einzige ihrer Art war, als dann nach und nach andere Klagen ihr nachgebildet wurden,

als man sah, dass ihre Form sich jener näherte, dehnte man den allgemeinen Namen auf sie aus, behielt aber daneben, oder damit verbunden, ihren alten Namen bei. Die Kompilatoren benannten dann diese gesamten Klagen mit dem Ausdruck «præscriptis verbis actiones», ein Name, der dem klassischen Recht, wie wir mit Gradenwitz meinen, fremd war, indem dieses nur ein præscriptis verbis agere, welches eine actio in factum civilis darstellte, kannte, nicht aber eine actio præscriptis verbis im späteren Sinn.

§ 16. Wenden wir uns nun der Lipp'schen Theorie zu. Flörke (in seiner schon citierten Schrift) hatte zuerst die Behauptung aufgestellt, dass die Worte præscriptis verbis zu dandam æstimatoriam in unserm Titel zu streichen seien. Lipp nahm diese Behauptung wieder auf und verteidigte sie aus folgenden Gründen: es wäre schlechterdings unbegreiflich, wie die Kompilatoren dieser actio æstimatoria einen besonderen Titel eingeräumt hätten, wenn sie eine præscriptis verbis actio gewesen wäre; denn so sehr man auch Tribonian und seine 16 Gesellen missachten könne, so wäre es ihnen doch nicht zuzutrauen, dass sie ein Rechtsgeschäft für das die actio præscriptis verbis gegeben war, nicht unter dem hierfür bestimmten Titel, sondern unter selbständiger Firma angeführt hätten. Ferner aber laute die Ueberschrift der Florentina für diesen Titel: «De æstimatoria actione.» Endlich spräche auch der Basilikentext XIX dafür: *Περὶ πράγματος ὑπὸ διατίμησιν διδομένου τινὶ ἐν πράσει.*

Ὅτε διαπωλῆσαι δοθῇ τινι ὑπὸ διατίμησιν πρᾶγμα χώρα τῇ περὶ τῆς διατιμήσεως συμφωνίᾳ, ἥτις ἁρμόξει, ὁσάκις ἀγωγῆς διδομένης ἀμφιβάλλεται τὸ ὄνομα τοῦ συναλλάγματος. πολιτικὸν γὰρ καὶ καλῇ πίστει ὕπεστι συνάλλαγμα. διὸ καὶ πάντα τὰ τῶν καλῇ πιστει ἀγωγῶν ἐνταῦθα τρακταῖξεται. ἡ δὲ διατίμησις ποιεῖ τὸν κίνδυνον τοῦ λαμβάνοντος καὶ χρεωστεῖ ἀποδοῦναι τὸ πρᾶγμα ἀκέραιον, ἢ τὸ συμφωνηθὲν τίμημα.

2. Καὶ ὅτι ἡ διατίμησις ποιεῖ τὸν κίνδυνον τοῦ λαμβάνοντος καὶ εἰ μὴ δῴσει τὸ πρᾶγμα διδωσι τὴν διατίμησιν.

Aber mit dieser, so von ihm «begründeten» Emendation begnügt sich Lipp nicht, er verwirft ferner in dem Ulpiansfragment den ganzen Satz: quotiens-actionem, der nur eine «heillose Interpolation,» in der kein vernünftiger Sinn zu finden, da alle Emendationen und Textveränderungen nichts nützen könnten, indem sie von der Hand eines Interpreten herrühren, «der weder der lateinischen Sprache völlig mächtig noch fähig war, einen juristischen Gedanken scharf zu fassen.» (Lipp l. c. S. 23).

Nun giebt aber Lipp seinen emendierten Text nicht an, auch sagt er nicht mit dürren Worten, für was er den Vertrag eigentlich hält; man muss sich seine eigentliche Meinung aus seinen Anführungen herauskonstruieren. Seine Beweisführung zwingt nun den Schluss dem Leser auf, dass er den Vertrag für einen benannten Realvertrag hält — Seine Textkorrektur ist so zu denken: Meliusque ita visum est æstimatoriam actionem (statt hanc actionem) proponi. Nun fällt der Satz quotiens-actionem fort, und der Text geht weiter: est enim etc.[1])

§ 17. Zunächst macht nun Lipp einige Schwierig-

---

[1]) Es sei hier erwähnt, dass viele der älteren Erklärungen nicht an «præscriptis verbis», hingegen an «æstimatoriam actionem» Anstoss nahmen, cf.: Anton Faber: Rationalia in Pand.; Hotoman: Observ. Lib. V. c. 16: «Hanc vocem æstimatoriam ex Glossis irrepsisse»; Schulting: Notate ad Dig. sub h. t., Zevenhoven, (Dissert. de dubio quarund. leg. lectione), der für «æstimatoriam» «existimarunt» lesen will. — Diese Autoren haben eine Vorahnung des wahren Sachverhaltes gehabt, nur setzten sie am falschen Ende an und wollten aus den Quellen die æstimatoria actio streichen, während wir gesehen haben, dass das Edikt diese actio kannte, hingegen nur ein «præscriptis verbis agere» für sie setzte.

keit § 28 J IV 6: præscriptis verbis, quae de æstimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit (bei Aufzählung der bonae fidei actiones). Diese Schwierigkeit sucht er dadurch zu heben, dass er behauptet, der Satz «quae de æstimato proponitur» enthalte einen von præscriptis verbis unabhängigen Begriff, daher gerade dieser Satz ein Beleg mehr für seine Ansicht sei. — Seine Erklärung ist aber entschieden abzulehnen. Gerade der Geist und die Eleganz der lateinischen Sprache, die Lipp öfters betont (cf. S. 15), widersprechen ihr. Denn woher kommt in das Satzgefüge dann dieser gänzlich unvermittelte relative Anschluss? Hätte es der Trennung im Sinn zwischen actio præscriptis verbis und der actio æstimatoria bedurft, so würde der Jurist wohl nach Analogie der vorhergehenden Aufzählung: æstimatoriae oder de æstimato geschrieben und die schwerfällige Umschreibung durch das «quae proponitur» vermieden haben. Dann müsste man aber auch weiter das «ex permutatione» getrennt von præscriptis verbis auffassen, während der Tausch doch gerade ein prägnantes Beispiel des «do ut des» ist. Nein, hier erscheint es sinngemässer, dass Trödelvertrag und Tausch von den Verfassern der Institutionen auf præscriptis verbis bezogen werden, als Beispiele für die actio præscriptis verbis, in die sich das klassische «præscriptis verbis agere» den Kompilatoren umgewandelt hatte. (cfr. Michaëlis l. c. S. 47 u. 48.)

Was die Berufung auf den Basilikentext betrifft, so kann man ihr entgegenhalten, dass die Basiliken noch weiter von den Quellen entfernt waren, als die Kompilatoren: daher die Scholien wieder auf den Digestentext zurückgehen, dadurch seine höhere Kompetenz bezeugen. (cfr. das Scholien des Fabrotos II, 396 zu den Worten: *τῇ περὶ τῆς διατιμήσεως συμφωνίᾳ* welches lautet: *τῇ πραεσκρίπτοις βέρβοις τῇ λεγομένῃ αἰστιμα-*

τορία). Ferner findet sich aber auch der von Lipp hinausaliminierte Satz quotiens-actionem in dem Basilikentext wieder in den Worten: *ὁσάκις ἀγωγῆς διδομένης ἀμφιβάλλεται τὸ ὄνομα τοῦ συνλλάγματος.* Hier widersprechen die Basiliken also gerade der einen Lipp'schen Conjectur. — Warum aber sie und die Florentina nur von einer actio æstimatoria redeten, habe ich ja schon bei der Entwicklung der eigenen Meinung aufgeführt.

Die Behauptung Lipp's, dass es schlechterdings unmöglich gewesen sei, die Kompilatoren hätten der actio æstimatoria, falls sie præscriptis verbis actio gewesen wäre, einen eignen Titel eingeräumt, zeigt, dass Lipp noch nicht zu der richtigen Erkenntnis gelangt, wie gerade die Kompilatoren einen neuen «Sammelnamen» für eine Reihe von Kontraktsklagen aufstellten, die der schon bestehenden actio æstimatoria ähnelten. Diesen «Sammelnamen» übertrugen sie später dann auch auf die ältere Klage. Dass ihr aber trotzdem ein besonderer Titel verblieb, erklärt, meiner Ansicht nach, Chambon (l. c. S. 35) richtig, wenn er meint: «dass die vielen eigentümlichen Schwierigkeiten dés, andern Verträgen so ähnlichen, Trödelvertrages als Rechtfertigung hierfür dienen könnten. Um dies anzudeuten, brauchte es für die Klage einer «Auszeichnung im Namen» und «es lag nichts näher, als sie in einem Zusatz nach dem massgebenden Moment der æstimatio zu bezeichnen.» Aehnlicher Ansicht war sicherlich schon Accursius, der schreibt: «præscriptis verbis, quae in hoc casu æstimatoria nominatur.» (cfr. auch Wohlfahrt l. c. S. 16 u. 17.)

Ferner aber wird in der schon citierten l. 13 pr. D XIX 5 geradezu vom Trödelvertrag, als einem Vertrag gesprochen für den die actio præscriptis verbis gegeben sei. Nun könnte man zwar mit Lipp erwidern, diese Stelle handle gar nicht vom Trödelvertrag, da sie

schreibt: «Si rem certo pretio tibi dedissem» und pretium nie dasselbe bedeuten könne, wie æstimatio: pretium bedeute Erlös, æstimatio Taxe. Mir will es aber scheinen, dass Lipp bei dieser Erklärung von pretium die l. 13 übersehen hat: denn Ulpian kann in ihr nicht sagen: «ich gebe dir zu einem bestimmten Erlös eine Sache, damit du sie verkaufst»; der Erlös soll erst erzielt werden und ist etwas ganz anderes, als das pretium, der Erlös ist dieses pretium † der Hyperocha für den Trödler (ut quo pluris vendidisses, tibi haberes) Ulpian sagt demnach: «ich gebe dir eine Sache certo pretio», also mit einer Taxe, mit andern Worten eine ästimierte Sache. (cfr. Liebert l. c. S. 115. J. Cros l. c. S. 9 u. 10.)

§ 18a. Nicht zufrieden mit dem Ausmerzen der Worte «præscriptis verbis» will Lipp auch den ganzen Satz quotiens e. t. c. streichen. Durch diese doppelte Emendation müsste dann ein benannter Vertrag entstehen. Indem der so umgestellte Text nichts anderes zu sagen scheint, als dass, nachdem man anfänglich im Zweifel gewesen, welche Vertragsklage anzuwenden, man später sich auf eine feststehende ästimatorische Klage geeint habe. Wenn aber die Klage ein für allemal fest formuliert war, so musste auch der Vertrag so feste Formen annehmen, dass er als benannter Vertrag anzusehen war, für den nur eine typische demonstratio keine præscriptio in der Formel notwendig war. Für diese Anschauung freilich ist der Satz quotiens e. t. c. ein Stein des Anstosses.

Um diese Behauptung gründlich zu widerlegen, muss etwas weiter ausgeholt werden, muss, was auch zur Verstärkung des bisherigen Angeführten dient, die Theorie der Innominatkontrakte und der Klagen aus ihnen eingehender behandelt werden, wird insbeson-

besondere noch die Entstehungsgeschichte speziell zu betrachten sein.

Die Klagbarkeit der streng formellen Verträge des römischen Rechts konnte auf die Dauer nicht genügen, ihnen traten zunächst die benannten Realkontrakte zur Seite, da bei ihnen ein leicht erkennbares Moment durch die Hingabe der Sache vorhanden war; später wurden dann einige wenige bestimmte Verträge durch den nudus consensus klagbar gemacht. So hatte man denn eine feste Anzahl von Kontrakten gewonnen, bei denen ein Zweifel über den Inhalt nicht aufkommen konnte, da schon der Name ihn genau angab. Schon d'Averan sagt sehr richtig (Contractuum lib. I cap. 9 S. 21): «Contractus igitur certos dicere debemus eos, quibus lex certam et propriam naturam, potestatem, conceptionem, definitionem propriam, certos terminos et fines, certum denique ius dedit, hoc est contractus nominatos, quorum scilicet propriae appellationes iure civili proditae sunt, qui ideo certi dicuntur, quia vel ex ipsa nominis pronunciatione apparet, qualis quisque sit et quid eius potestate naturaliter insit.»

Für das schnell sich entwickelnde regere Geschäfts- und Verkehrsleben war ein solcher Kreis fest bestimmter Verträge viel zu eng gezogen. Es traten Verhältnisse zu Tage, unter denen es eine Unbilligkeit, wenn nicht geradezu eine Ungerechtigkeit gewesen wäre, die bisherige enge Klagbarkeit beizubehalten. Daher machte der Prätor, später der Kaiser gewisse pacta klagbar; andrerseits wurde, je mehr der Grundsatz der bona fides um sich griff, durch ihn eine Abhilfe geschafft. Denn dieser Grundsatz verlangt, dass, wenn der eine der Paciszenten etwas geleistet hat unter der Voraussetzung, dass der andre ihm etwas gegenleisten würde, dem vorleistenden Teil ein Klagrecht gewährt werde. Durch die Vorleistung also wurde die Entstehung einer

zivilrechtlichen Obligation angenommen. — Derartige Verträge nun, deren Berechtigung auf Klagschutz man einsah, waren nicht unter die bestehenden benannten einzufügen; statt des stolzen Wortes Cicero's (pro Roscio c. 8): «Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae, aut ratione actionis errare possit,» galt nunmehr der andere, bescheidenere Satz: «Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula» (l. 4 D XIX 5). Zunächst schützte man daher den vorleistenden Teil dadurch, dass man ihn durch die condictio causa data, causa non secuta einen Anspruch auf Rückforderung des Geleisteten gab. Bald aber sah man ein, dass ihm auch ein Recht auf die erwartete Gegenleistung zukäme, und der Schutz dieses Rechts ward ihm durch eine neue Klage, die actio præscriptis verbis gewährt, die man aus den Thatbeständen der im klassischen Rechte enthaltenen Fälle, bei denen ein præscriptis verbis agere vorgesehen war, im justinianischen Recht konstruierte und sie für diese «unbenannten» Kontrakte verwendete (nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina præscriptis verbis agendum est» l 2 D XIX 5). So wurden denn auch die Innominatkontrakte in das System der klagbaren Verträge aufgenommen.

§ 18 b. Die wesentlichen Erfordernisse eines solchen Innominatkontraktes sind nun:

1. Dass der eine Teil eine Vorleistung gemacht haben muss, eine Sache hingegeben hat. cfr. l. 1 § 2 D. XIX 4: «permutatio autem ex re tradita, initium obligationi præbet, c. 6 C IV 64: «rebus certa lege traditis præscriptis verbis incertam civilem dandam actionem,» l. 8 D XIX 5: «nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens certa lege dari probaretur.» — Diese Bedingung trifft auch beim Trödelvertrag zu; er entsteht dadurch,

dass eine res vendenda datur, also durch die Hingabe einer Sache, durch die Vorleistung des einen Teiles.

2. Ferner muss der Vertrag ein zweiseitiger sein. Aus der Leistung muss eine Gegenleistung, nicht nur eine Rückleistung, wie bei den benannten Realkontrakten entspringen. cfr. l. 19 D L 16: «contractuum autem ultro citroque obligationem, quam Græci *συνάλλαγμα* vocant»; l. 7 § 2 D II 14: «sed si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem, ut puta tibi dedi rem, ut mihi alias dares, dedi, ut aliquid facias, hoc *συνάλλαγμα* esse et hinc nasci civilem obligationem.» — Dass unser Trödelvertrag ein solches *συνάλλαγμα* sei, geht aus den Worten «aut igitur ipsam rem aut æstimationem» hervor, diese Worte enthalten die Gegenleistung des Trödlers: daher denn auch das Wort *συνάλλαγμα* in dem Basilikentext vom Trödelvertrag gebraucht wird. Aber die Alternative der Gegenleistung hat früher Zweifel erregt, ob der Trödelvertrag ein Innominatkontrakt sei. Wenn nun auch die Zurückgabe der Sache in obligatione ist, so ist doch auch die Verpflichtung zu verkaufen und die Aestimation zu zahlen in obligatione. — Bei Eingehen des Vertrags wird jedenfalls eine Thätigkeit des Trödlers vorausgesetzt, da ihm die Sache «vendenda datur» und in dieser Thätigkeit liegt die Gegenleistung, die Formel do ut facias trifft hier zu.

Dies sind die beiden wesentlichen Essentialien der Innominatkontrakte: das erste ist ihnen mit den benannten Realkontrakten gemein, das zweite, der Anspruch auf Gegenleistung, zeichnet sie vor ihnen aus. Beide Erfordernisse treffen für den Trödelvertrag zu.

§ 19. Vergleichen wir nun die actio æstimatoria mit der actio præscriptis verbis des justinianischen Rechtes. Die ästimatorische Klage ist eine bonae fidei

Klage, denn in dem Ulpiansfragment heisst es: «et quidem bonae fidei, quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.» Dasselbe gilt auch von der actio præscriptis verbis (wenigstens soweit sie Innominatkontrakte betrifft), als Beweis gilt § 28 J IV 6, wo die præscriptis verbis actiones als bonae fidei actiones aufgeführt werden. Dass hier nicht nur von der Klage für den Trödelvertrag und den Tausch die Rede ist, sondern diese nur beispielsweise aufgeführt werden, scheint aus l. 2 § 2 D XLIII 26 hervorzugehen: «itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam præscriptis verbis actiones, quae ex bona fide oritur.» Die bona fides wird also ausdrücklich als Entstehungsgrund dieser Klagen bezeichnet.

Betrachten wir weiter die formula beider Klagen. Statt der feststehenden demonstratio musste bei der Klage aus einem Innominatkontrakt eine præscriptio vorangeschickt werden, da bei der Mannigfaltigkeit der jeweiligen Rechtsverhältnisse an eine demonstratio, die nur den technischen Ausdruck des Geschäfts gebrauchte, nicht gedacht werden konnte, sondern es sollten die einzelnen Umstände, die das Geschäft begründet hatten, also die indirekte Veranlassung zur Klagstellung, näher beschrieben werden; daher der Ausdruck «præscripta verba», es waren eben beschreibende Worte, die der intentio vorangingen. Das Gleiche war beim Trödelvertrag der Fall, der, wie wir gesehen, mannigfaltiger Modificationen fähig war; auch hier mussten die thatsächlichen Umstände des Geschäftes zunächst klar gelegt werden, eine schlichte demonstratio konnte auch hier nicht genügen. — An diese Beschreibung schloss sich dann bei den Innominatkontrakten eine incerta iuris civilis intentio an, daher die actio eine civilis incerta war (l. 7 § 2 D II 14: «civilem incerti actionem

id est præscriptis verbis sufficere» cfr. hiezu Gradenwitz l. c § 17. Dass das «id est» eine Interpolation anzeigt, ändert an dem Thatbestand nichts, es kann nur beweisen, dass im vorjustinianischen Recht, wie ich schon mehrfach ausgeführt habe, der Ausdruck actio præscriptis verbis nicht üblich war). — Eine gleiche intentio musste auch die ästimatorische Klage haben, sie geht auf ein incertum wegen der alternativen Verpflichtung der Zahlung der Schätzungssumme oder der Rückgabe der Sache. — Daher sind beide Klagarten incertae civiles actiones in factum. Auch die ästimatorische Klage ist ihrer äussern Gestalt nach im justinianischen Recht eine præscriptis verbis actio; an Stelle der demonstratio tritt die præscriptio, die Klage ist eine bonae fidei actio, ihre intentio eine incerta iuris civilis. Bedingungen die das Scholion zu den Basiliken fr. 7 XI 1 treffend folgendermassen zusammenfasst: *«διὸ δίδωμι τὴν ἐγκέρταν, τουτεστιν τὴν πραεσκρίπτις βέρβις, ἥτις διηγεῖται μὲν ὡς ἐν δεμονοτρατίωνι τὸ πρᾶγμα, μετέρχεται δὲ εἰς ἰντεντίονα ἐγκέρταν, καὶ καταλύει λοιπὸν εἰς τὸ κοινὸν τέλος τουτέστι τὴν συνήθη κονδεμνατίωνα.»* (cf. zu diesem Abschnitt Coviello l. c. XV 369—71, Vangerow l. c. § 599, Lenel l. c. § 110, Gradenwitz l. c. § 17, Koch l. c. S. 22 u. 23, Liebert l. c. 20—23, Cohn l. c. S. 63, Michaëlis l. c. S. 15—17.)

§ 20. Ehe wir die Stellung des Trödelvertrages im heutigen Kontraktsystem besprechen, muss noch Einiges über die Brinz-Jhering'sche Emendation gesagt werden.

Brinz sowie Jhering nahmen Anstoss an dem Wortlaut des Satzes: Quotiens actionem.[1]) Man müsse

[1]) Es sei bemerkt, dass Jhering die 25 Jahre früher erschienene Arbeit von Brinz augenscheinlich übersehen hat und meint, dass er selbst zuerst auf die Ungereimtheit dieser Stelle hingewiesen hätte. Brinz aber hat fast genau dieselbe Emen-

nämlich, argumentieren sie, aus ihm schliessen, dass überall, wo man über den Namen eines Vertrages in Verlegenheit gewesen, die æstimatoria actio anzuwenden sei. Daher will Brinz statt conveniret tamen aliquam actionem dari — lesen: convenisset tamen aliquam æstimationem dari, und will dergestalt eine erweiterte ästimatorische Klage, die nicht nur für das einzige vendendum dare proponiert war, gefunden haben. Jhering aber liest: convenerit tamen æstimationem dari und folgert aus dieser Emendation, dass im römischen Prozess eine actio aestimatoria praescriptis verbis überall da zur Anwendung gelangte, wo eine ästimierte Sache, und zwar nicht nur zum Verkauf, unter der alternativen Verpflichtung gegeben wurde, entweder die Sache zurückzugeben, oder die Aestimation zu zahlen. Jhering führt dann die Fälle, für die diese Klage gegeben war, an: Das commodatum æstimatum datum (l. 7 § 5 D XXIV 1, l. 5 § 3 XIII 6), die Hingabe eines Sklaven zur Folterung (l. 8 D XIX 5, l. 13 D XLVIII), das depositum æstimatum (l. 52 D. XXIV, 1), die Pacht in Bezug auf das Gutsinventar (l. 54 § 2 XIX 2), die dos, bei der das Wahlrecht zwischen Restitution der Sache oder Zahlung der æstimatio dem Manne eingeräumt werden konnte (l. 11 D XXIII 5, l. 10 § 6 D XXIII 3) und endlich der Trödelvertrag. — Diese Entwicklung hat, wie Karlowa sagt, «etwas sehr Bestechendes», sie würde mannigfaltige Schwierigkeiten beseitigen helfen, speziell die Antinomie lösen, die bei der Beantwortung der Frage besteht, wer das periculum casus zu tragen habe. Aber verschiedene Bedenken müssen gegen sie geltend gemacht werden.

dation vorgeschlagen und ganz ähnliche Konsequenzen aus ihr gezogen, wie Jhering. — Also muss konstatiert werden, dass **Brinz, nicht Jhering, die Priorität zukommt.**

§ 21. 1. Der Wortlaut des Ulpianfragmentes «cum res vendenda datur»; denn durch ihn wird bestimmt angegeben, für welchen Fall die Klage proponiert war. Diesem Einwurf sucht Brinz dadurch zu begegnen, dass er das magis des Fragmentes mit vendendum dare verbindet und interpretiert: Fuit enim magis dubitatum, cum res æstimata vendenda datur: vorzüglich bei dem vendendum dare war man im Zweifel etc. — Mir will es logischer scheinen, das magis mit dubitatum zu verbinden und so zu erklären: Man war sehr zweifelhaft, wenn eine Sache vendenda datur, ob u. s. w. Freilich kann «magis» ohne weiteres nicht «sehr» bedeuten; wir können uns «magis» nur so erklären, dass im Ulpianstext ein Satz mit valde vorausgegangen, den die Kompilatoren ausfallen liessen, daher auch Haloander für «magis dubitatum» «ingens dubitatio» schreibt. — Hätte Ulpian sich so ausdrücken wollen, wie Brinz meint, so würde er sicherlich geschrieben haben: «Fuit enim dubitatum, magis cum res vendenda datur», und ich nehme an, er hätte in dem Fall statt «magis» «maxime» geschrieben, das in der Bedeutung: «vornehmlich, vorzüglich» gebräuchlicher ist als magis. — Schwerer ist der zweite Brinz'sche Einwurf zu beseitigen, dass sich quotiers de nomine alicuius contractus ambigeretur, wenn das vendendum datur nicht nur Beispiel sein sollte, nicht rechtfertigen liesse; ich möchte daher lieber bei alicuius, als bei actionem dare den Hebel der Textkritik einsetzen.

2. Auch der Basilikentext hat den Ausdruck actionem dari in den Worten *ὁσάκις ἀγωγῆς διδομένης*: man müsste also annehmen, dass der Fehler schon in der Handschrift, aus der der Basilikentext schöpft, vorhanden gewesen sei (cfr. Jhering l. c. S. 432).

3. Was nun aber den innern Sinn der Emendation betrifft, so hat Karlowa (l. c. S. 250) überzeugend

nachgewiesen, dass jene grosse ästimatorische Klage ganz überflüssig war. In allen jenen von Jhering angeführten Fällen hätte man durchaus keine Veranlassung, anzunehmen, dass nicht die Klage aus den betreffenden Kontrakten statthaft sei. Irregularitäten könnten diese Aestimation bei den Kontrakten wohl darstellen, nirgends aber wäre angedeutet, dass diese Irregularitäten so bedeutend, dass sie der Natur der einzelnen Verträge dermassen widerstrebend seien, so dass die Klagen aus den Kontrakten nicht mehr anwendbar seien: Also die Aestimation sei kein essentiale, sondern nur ein accidentale der angeführten Verträge. Karlowa selbst nimmt Anstoss an dem Wortlaut des betreffenden Satzes, vornehmlich an dem Ausdruck «alicuius» und will diesen entfernt sehen; er meint, dass Ulpian so geschrieben hätte: cum enim de nomine contractus ambigeretur, conveniret tamen actionem dari, dandam æstimatoriam præscriptis verbis.

§ 22. Das Wort «alicuius» scheint ein Fehler der Handschriften zu sein. Denn der Jurist sagt doch: Es war streitig, ob bei Hingabe einer ästimierten Sache zum Verkauf, die Kauf-, Miet-, oder Mandatklage anzuwenden sei. Es schien daher besser, die actio de æstimato einzuführen. — Nun konnte er nicht fortfahren: So oft man nämlich über den Namen irgend eines Vertrages im Zweifel war, — sondern er musste unter Bezugnahme auf das Vorhergehende schreiben: So oft man nämlich über den Namen dieses Vertrags (nämlich wenn eine ästimierte Sache zum Verkauf gegeben war) im Zweifel sich befand, darüber aber einig war, dass eine Klage zu geben sei, wurde die præscriptis verbis actio gegeben. Ich möchte daher statt «contractus alicuius» «huius contractus» lesen, oder «eiusdem contractus», oder endlich unter stillschweigender Ergänzung nur «contractus», dann wäre der

zweite Satz in direkte Beziehung mit dem ersten gebracht und auf den speziell erwähnten Fall des vendendum dare zurückgewiesen. Für diese Lesart zeugt auch der Basilikentext: *ὁσάκις ἀγωγῆς διδομένης ἀμφιβάλλεται τὸ ὄνομα τοῦ συναλλάγματος.* Die Basiliken brauchten gar nicht anzudeuten, welcher Vertrag das *συνάλλαγμα* war, da in ihnen der erste und zweite Satz in einen vereinigt sind. - Was die Digestenstelle anbetrifft, so lässt sich eher annehmen, dass ein Schreibfehler sich hinein verirrt hat, als dass die Kompilatoren einen so groben Sinnfehler begangen hätten. — So war denn im römischen Kontraktsystem die Stellung des Trödelvertrags zweifellos die eines unbenannten Realkontraktes; die Klage, die für ihn gegeben, war eine actio præscriptis verbis; seine actio eine ihm eigentümliche, die nicht auf benannte Verträge angewandt werden konnte.

Stellung des Trödelvertrages im heutigen Kontraktsystem.

§ 23. Das römische Obligationenrecht erlitt im Lauf der Zeit eine gewaltige Veränderung. Es kam nämlich der Grundsatz zur Geltung, sei es durch den Einfluss deutschen Gewohnheitsrechtes (Heimbach, Zeitschrift N. F. Bd. XIII S. 91, Sintenis l. c. § 46), sei es durch Abstrahieren von den alten Formen, vornehmlich der Stipulation (Savigny: Obligationenrecht II S. 239 flgd.), sei es endlich durch das Eindringen kanonistischer und naturrechtlicher Theorien (L. Seuffert: Zur Geschichte der obligatorischen Verträge), dass jeder Vertrag, der durch nudus consensus entstanden, klagbar sei, also dass es eigentlich nur noch Consensualverträge gäbe. — Nun darf man aber wohl fragen, ob denn die Klagbarkeit das einzige Moment

ist, das die alten Vertragsgattungen von einander scheidet, ob die Hingabe der res nicht noch einen andern Zweck verfolgte, als nur den einen, formale Klagbarkeit zu begründen. Dreierlei Ansichten sind es, die diese Frage zu beantworten versuchen:

1. Die erste behauptet: Da der nudus consensus eine Klage begründet, gibt es keine Realverträge mehr (Wenig-Ingenheim: Civilrecht § 71, Göschen: Vorlesungen über Civilrecht § 439, Bruns-Eck b. Holtzendorff Encyklopädie S. 471, Hesse: Ueber das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen r. Rechts).

2. Die zweite sagt: Objektiv und nach zwingenden Rechtsregeln ist die Hingabe der res nicht mehr Voraussetzung der Klagbarkeit, aber subjektiv nach der Verkehrsauffassung und dem Willen der Parteien. Dies gilt für die benannten Realkontrakte, für die Innominatkontrakte kann es nicht gelten, da jede Partei eine an sich selbständige Leistung verspricht und jede Partei von der andern daher die Erfüllung verlangen kann, ohne selbst vorgeleistet zu haben. Dagegen sind die benannten Realkontrakte nur auf Rückleistung gerichtet, und kann also der Wille der Kontrahenten nur darauf gehen, dass sich die Verbindlichkeit erst an die Empfangnahme knüpft. Diese Ansicht ist wohl die verbreitetste, ich führe als ihre Vertreter nur an: Puchta, v. d. Pfordten, Sintenis, Vangerow, Chambon, Demelius, Baron, Dernburg etc.

Aehnlich urteilt auch Eisele (Ueber Realkontrakte, Zeitschr. für Schweizerisches Recht XV), der zwei Klassen von Realverträgen im heutigen Recht unterscheidet: a) diejenigen Verträge, bei denen die Verpflichtung nur auf Rückgabe von etwas Anvertrautem geht. Diese sind nicht nach Parteiwillen, sondern aus rechtlichen Gründen als Realkontrakte aufzufassen.

b) Die Kontrakte, bei welchen die Rückgabe nicht den alleinigen oder notwendigen Inhalt der obligatorischen Leistung bildet. In diesem Fall kann das Geschäft durch Parteiwillen die Gestalt eines Realkontraktes annehmen (cf. auch Coviello l. c. XV, Nr. 4, Cohn l. c. S. 66 u. 67, Michaëlis l. c. S. 18 u. 19, Koch l. c. S. 24 u. 25, Wohlfahrt l. c. S. 14 u. 15).

3. Die Ansicht, die Windscheid und Brinz aussprechen. Windscheid sagt (II § 312 Anmerk. 5): «Darf man heutzutage, weil die römische Regel nicht mehr gilt, sagen, dass es keine Realverträge mehr gäbe? Es giebt heutzutage keine Verträge mehr, bei welchen eine Leistung des Gläubigers an den Schuldner aus formellen Gründen vorauszusetzen, notwendig wäre, aber es giebt wohl Verträge, welche dadurch zu Stande kommen, dass unter der Auflage einer Verpflichtung gegeben (im weiten Sinne) und mit dieser Auflage genommen wird.» — Windscheid unterscheidet also nicht zwischen benannten und unbenannten Realverträgen, lässt also, ob man einen Realvertrag in diesem Sinne heute annehmen muss, eine quæstio facti sein. — Aehnliches führt Brinz aus: «Die res ist für den Realvertrag nicht blos Grund der Klagbarkeit, sie ist noch mehr für ihn, sie ist zwar nicht sein Alles, wohl aber die Hauptsache, denn ihretwegen ist der modus, ist die certa lex, das pactum conventum, die stillschweigende conventio — sie selbst ist für sich da. Und was ist sie denn? Da wir das facere bei Seite lassen müssen, ein dare, also selbst ein Vertrag; die res deutet uns also einen Vertrag, einen Realvertrag, und der Realkontrakt ist eine Mischung aus zweierlei Vertragsgattungen, aus einem Realvertrag und aus einem obligatorischen Vertrag: eine Mischung, in der der obligatorische Vertrag dem Realvertrag als neben- und untergeordnet erscheint. So werden wir denn die Realkon-

trakte im vollen Umfang des römischen Rechts beibehalten, innerhalb der Verträge Realverträge und obligatorische unterscheiden, und zwischen hinein gemischte schieben müssen.»

§ 24. Es ist hier nicht der Platz, ausführlich dieses Thema zu behandeln und eingehend die verschiedenen Meinungen zu besprechen, kurz sei nur folgendes bemerkt: Wenn man nur den Unterschied in der formellen Klagbarkeit findet, muss man die zuerst angeführte Ansicht acceptieren. Aber dass die Hingabe der res doch noch eine andere Bedeutung hat, nehmen, wie wir gesehen, in neuester Zeit fast alle Autoren an; wenn auch zunächst für die benannten Realkontrakte. — Aber es giebt auch, freilich nur selten, Innominatkontrakte, die nur auf Rück-, nicht auf Gegenleistung gerichtet sind (cf. l. 23 D XIX 5: Duo secundum Tiberim ambularent, alter eorum ei qui secum ambulabat rogatus annulum ostendit, ut respiceret, illi excidit annulus et in Tiberim devolutus est: respondit, posse agi cum eo in factum actione. — l. 17 § 2 D XIX 5: Si tibi rem inspiciendam dedi et dicas te perdidisse, ita demum mihi præscriptis verbis actio competit). Sintenis versucht die dadurch entstehende Schwierigkeit zu umgehen, indem er ausführt: alle Verträge seien Realverträge, die auf Rückgabe der gegebenen Sache, sei es in ihrer Individualität, sei es in gleicher Zahl und Güte, gerichtet wären.

Ist aber nun bei allen diesen Verträgen der Zweck der Uebergabe der res die Rückgabe? Wenn dies wäre, würde man sich fragen müssen, warum überhaupt erst gegeben wird? Der Zweck ist richtiger das dare selbst: ich gebe zur Benutzung, Aufbewahrung, Sicherheit oder sonst zu einem Zweck; ich gebe also nicht zum alleinigen Zweck der Rückgabe. Diese ist

nur eine Beschränkung des Gebens, nicht aber seine Ursache.

Ebenso verhält es sich bei den Innominatkontrakten, d. h. bei denjenigen, wo die Vorleistung eine dare ist, denn die übrigen können hier nicht in Betracht kommen. Brinz vergleicht sie, um das klarer zu machen, mit der donatio sub modo und führt aus, dass ebenso wie bei ihr ein modus, eine Beschränkung statthaben kann, der doch sie nicht aufhebt, auch bei den Innominatkontrakten die Sache unter bestimmten Bedingungen gegeben werden kann, wegen derer aber die Hingabe der res nicht zu ignorieren sei: Denn dieses bleibe immer das Wesentliche, die Bedingung mache es nur zu einem dare, tradere sub certa lege. «Die res steckt in dem Kontrakt und man kann sie nicht wegdenken, wir können also aus einem Kontrakt, der mit einer res beginnt, nichts anderes machen, als einen Realkontrakt.»

§ 25. Wenden wir das Gefundene auf den Trödelvertrag an, so erkennen wir auch in ihm, soweit man heutzutage überhaupt noch von Realverträgen sprechen kann, einen solchen. Es muss diese Behauptung jedoch etwas eingeschränkt werden, und mit der l. 17 D XIX, 5 ist zu untersuchen, in wessen Interesse das Geschäft unternommen worden ist; denn hierdurch wird auch der Grund der Hingabe der res wesentlich beeinflusst: indem diese Hingabe bald selbst als Zweck, bald nur als Mittel zum Zweck erscheint. Fordert der Geber den Nehmer auf, so erscheint der consensus der Parteien, dass der eine Teil mehr als Beauftragter des andern handeln soll, das Wesentliche des Vertrags zu sein. Das dare ist dann nicht Zweck, es ist nur Mittel zum Zweck. Ich gebe, damit der Andere als mein Bevollmächtigter handelt. — Fordert aber der Nehmer den Geber auf, so geschieht das Geschäft in seinem

Interesse, so wird das dare Zweck. Ich gebe nicht, damit der Andere für mich handelt, ich gebe, damit der Andere in den Stand gesetzt wird, für sich die Sache zu gebrauchen. Ich gebe also die Verwertung der Sache hin, allerdings mit der Verpflichtung, die Aestimation zu zahlen oder zu restituieren. Aber diese Verpflichtung ist des Gebens wegen existent, nicht, wie im ersten Fall, das Geben der Verpflichtung wegen. In diesem Fall hat man es auch heutzutage mit einem Realkontrakt zu thun.

So gelangen wir denn zu dem Schluss: vom Standpunkt der formellen Klagbarkeit giebt es nur noch Consensualverträge; wenn man aber die innere Form, den Willen der Parteien, in Betracht zieht, so giebt es noch Realverträge: solche sind regelmässig die benannten Realverträge. Bei den Innominatkontrakten wird man den Zweck des Gebens zu untersuchen haben, dieser giebt an, ob man es mit einem Realkontrakt zu thun hat oder nicht.

§ 26. Neuerdings ist vielfach angezweifelt worden, dass der Trödelvertrag sich einen selbständigen Charakter gewahrt habe, und man will ihn als eine Art Mandat oder Kauf betrachten. Schon Kreittmayr (Annot. ad Cod. Bav. Max. P. IV c. 12 § 9 cf. Brinz l. c. S. 4) war zweifelhaft, ob er nicht nur eine species mandati locationis vel venditionis sei, und ähnlich urteilten viele nach ihm. Jedoch bestehen auch noch heute die eigentümlichen Merkmale, die ihn charakterisieren. Freilich lassen sie sich nur durch die Natur des Geschäftes erkennen. Jedoch darf man annehmen, dass, wenn der Ausdruck «Trödel» gebraucht worden ist, der Wille der Parteien auf einen Trödelvertrag gerichtet war, ebenso wenn der Trödler aus seiner Beschäftigung ein Gewerbe macht (cf. Glück l. c. S. 27, Puchta § 313, Sintenis § 117).

Eine ganz eigentümliche Ansicht über die Natur des Geschäftes entwickelt Chambon, der es für eine venditio conditionalis erklärt: ein Geschäft, das ein Kauf ist, sowie ein in der Zukunft liegendes Ereignis eingetreten ist, d. h. sobald der Trödler sich entschieden und die Aestimationssumme dadurch zur Kaufsumme wird. Chambon konstruiert einen sonderbaren Vertrag: Er stellt nämlich zwei Rechtsgeschäfte, deren eines die Folge des andern ist, als ein und dasselbe dar; er verwechselt also Ursache und Wirkung. Die Ursache ist der Trödelvertrag, der in der Zukunft liegende Verkauf nur seine eventuelle Wirkung. Die Berufung auf die æstimatio als venditionis causa ist nicht zu billigen: schon die alternative Möglichkeit der Restitution, das Wahlrecht zeigt, dass die Aestimation keine reine venditionis causa ist. Denn, tritt im Fall der dos venditionis causa ein solches Wahlrecht für den Ehemann ein, so sagen die Quellen: æstimatio nulla est, — was soviel bedeutet, dass die æstimatio keinen Kauf bewirkt, wenn auch die Haftungspflicht die gleiche, wie bei der gewöhnlichen dos venditionis causa ist. — Dass auch die Berufung auf die conditionalis venditio der l. 10 D XXIII 3 (l. 10 D XXIII 3: Inde quæri potest, si ante nuptias mancipia æstimata deperierint an mulieris damnum sit? et hoc consequens est dicere, nam cum sit conditionalis venditio, pendente autem conditione mors contingens extinguat conditionem, consequens est dicere mulieri periisse: quia nondum erat impleta venditio: quia æstimatio venditio est) nicht zutrifft, hat Brinz nachgewiesen: «Die Parteien wollen hier keinen Kauf unter einer Suspensivbedingung eingehen, sondern eine dos bestellen, sie wollen nicht Eigentum übertragen, sondern schenken, sie wollen nicht irgend eine bestimmte Art der Dosbestellung, sie wollen nur das Genus der Dosbestellung

in seiner Abstraktheit! Oder was ist denn diese Dosbestellung bis zu dem Augenblick, wo sie zum Kauf wird? Denn irgend eine bestimmte Art Rechtsgeschäft, promissio, datio etc. muss sie sein, um nur vorkommen zu können. Sie kann auch als venditio vorkommen: Der Mann bekommt Sachen zu bestimmtem Preis, darf aber letzteren durante matrimonio behalten, dieser Kauf ist ante nuptias noch ein bedingter; ein solcher suspensiv bedingter Kauf ist die conditionalis venditio der Stelle» (Brinz l. c. S. 14).

§ 27. Man hat noch die Frage aufgeworfen, ob das Kommissionsgeschäft nicht eine Art Trödelvertrag sei (cf. Treitschke: Kommissionshandel § 1, § 8, Friedrichs: Trödelvertrag und Konditionsvertrag, Arnold: Der Trödelvertrag und insbesondere sein Verhältnis zur Verkaufskommission und § 10 dieser Arbeit, speziell stehen auch die Motive zum Bürgerl. G.-B. auf diesem Standpunkt, B. II p. 517). Mir scheint diese Ansicht eine irrige: Zum Schluss führt der Kommissionär stets ein fremdes Geschäft aus, der Trödler sein eigenes und ein fremdes. Das Kommissionsgeschäft ähnelt bei weitem mehr dem Mandat, nur fällt das Moment der Gratuität fort. — Richtiger ist in neuerer Zeit das buchhändlerische Konditionsgeschäft mit dem Trödelvertrag verglichen worden (Arnold l. c., Buhl: Das Konditionsgeschäft, in Goldschmidts Zeitschrift B. V S. 142, Dernburg Pandekten II S. 313), Michaëlis l. c. S. 63—67), das Geschäft enthält die wesentlichen Charakterzüge des Trödelvertrages, die res vendenda und die Verbindlichkeit, Waare oder festgesetzten Preis zurückzugeben. Der Sortimenter handelt, wie der Trödler, zu fremdem und seinem Nutzen.

§ 28. Im römischen Recht war neben der Klage aus dem Vertrag die condictio sine causa möglich. Es

fragt sich nun, inwiefern diese Klage heutzutage noch anwendbar ist?

Die condictio sine causa war bei den Römern entweder als condictio causa data, causa non secuta oder ex mera pænitentia möglich. l. 3 § 2 D XII, 4: «Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis, possum condicere, aut si me pæniteat condicere possum.» Also ist ein Rücktritt zu unterscheiden wegen des non facere, des Ausbleibens der Gegenleistung — und ex mera pænitentia, auch wenn der andere Teil nicht im Verzug war.

Bei dem non facere ist zu beachten, ob die Gegenleistung zu einer nicht rechtzeitigen wird. Nun sprechen allerdings die l. 3 D XII, 4 und l. 5 § 2 D h. t. von einem certum tempus, aber für den Trödelvertrag ist kein Termin gestellt. Nur das preussische Landrecht (I. Tit. XI § 511) und das Oesterreichische Gesetzbuch (§ 1087) thun dies und kommen zu dem Schluss, dass ohne Bestimmung eines Termines, das Geschäft in ein Mandat sich wandle. — Richtiger erscheint es, die bei der Societät ausgesprochenen Grundsätze, die für den Trödler wegen der alternativen Obligation nicht anzuwenden waren, für den Vertrödler beizubehalten. Er dürfte also nicht unbillig früh und unerwartet die Klage anstellen, sondern er müsste dem Trödler angemessene Zeit zur Betreibung seines Geschäftes lassen.

Diese condictio blieb auch nach der Einführung der Vertragsklage in Kraft, denn wenn nicht rechtzeitig geleistet war, konnte das Interesse an der Gegenleistung vergangen sein und nur noch die Rückgabe erwünscht bleiben cf. l. 7 D XIX 5: «Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam præscriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas».

Anders verhielt es sich mit der Rückleistung ex mera pænitentia, sie konnte sich nur auf den Mangel

eines Kontraktes stützen (l. 16 D XII, 4, l. 19 pr. D XII, 1) und musste daher wegfallen, sowie die Klage aus dem Vertrag aufkam (dagegen: Vangerow § 599, Anmerk. IV, 2). Denn auch mit dem Grundsatz der bona fides lässt sich das Reurecht schwer vereinen: die bona fides muss eine gegenseitige sein, falls aber der vorleistende Teil ein unbedingtes Reurecht hat, ist seine bona fides nur eine bedingte.

In unserm heutigen Recht kann im allgemeinen allein die Vertragsklage angewandt werden. Denn das bestimmende Moment der Vorleistung fällt für die Klagbarkeit fort, da der nudus consensus sie begründet. Also ist die condictio unpraktisch geworden und gehört der Geschichte an. Nur für einen Fall möchte sie noch Geltung haben: Erxleben sagt nämlich, und Windscheid (§ 321 Anmerk. 12) stimmt ihm bei, dass die gemachte Leistung zurückgefordert werden könne, wenn nach dem Zweck und der Richtung des geschlossenen Vertrages der wirkliche Vollzug desselben von der Willkür der Leistenden abhängig sei. Dieser Fall dürfte für den Trödelvertrag dann eintreten, wenn der Vertrödler den Anstoss zum Geschäft gab, wenn es in seinem Interesse unternommen wird, wenn er der eigentliche Geschäftsherr bleibt.

Eigentumsübergang beim Trödelvertrag.

§ 29. Nachdem die äussere Stellung des Trödelvertrages im Rechtssystem dargelegt ist, müssen noch zwei Fragen betrachtet werden, die zu Kontroversen seit alterher Veranlassung gaben.

1. Geht das Eigentum sofort auf den Trödler über?
2. Wer hat die Gefahr des Zufalls zu tragen?

Was nun die erste Frage anbelangt, so ist zu ihrer geschichtlichen Entwicklung zu bemerken, dass die Glosse und die Postglossatoren sie noch nicht kennen

(cf zu dieser Frage, ausser den im Text zitierten Autoren: Leist: Manzipation und Eigentumsübertragung, Michaëlis l. c. S. 37—45, Wohlfahrt l. c. S. 14 u. 15, Cohn l. c. S. 56—62, Koch l. c. S. 27—29, Liebert l. c. S. 88—90, Coviello l. c. XVI, Nr. XVII). Zuerst hat sie eingehend Ant. Faber behandelt, und zwar im verneinenden Sinn. Später behaupteten Lauterbach und Böhmer das Gegenteil. Als Grund giebt Böhmer Unzulässigkeit der Vindikation beim Trödelvertrag, Unterscheidungsmoment vom Mandat, sowie den Charakter der Aestimation als æst. venditionis causa an. Ihm folgten Leyser und Hellfeld. Die bedeutendsten Vertreter in neuerer Zeit sind Wendt (Jahrb. für Dogmatik XXII S. 397) und Puchta (l. c. 313). Puchta beruft sich auf l. 3 D XIX 2: «Cum fundus locetur et æstimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi ut instrumentum emptum habeat colonus, sicuti fieret, cum quid æstimatum in dotem daretur» und meint, das Eigentum gehe, da die æstimatio eine venditionis causa sei, auf den Trödler über, unter einer einschränkenden Bedingung, nämlich wegen der Berechtigung des Trödlers, die Sache selbst zu restituieren. Die Berufung auf die lex cit. scheint nicht angebracht, denn in dem Fall handelt es sich um ein anderes Verhältnis: es wird nicht eine res vendenda gegeben, es liegt faktisch ein Kauf vor, der in die Form einer Aestimation gekleidet ist: es ist ein Kaufvertrag mit Kreditierung des Kaufpreises (cf. Windscheid § 400, Anmerk. 22, Chambon l. c. S. 14). Auch die Berufung auf die Aestimation als venditionis causa erscheint nicht glücklich: wir haben im Verlauf der Abhandlung schon gesehen, dass die æstimatio eine Mischung einer taxationis und venditionis causa ist, dass sie den doppelten Zweck verfolgt, sowohl dem Trödler

anzugeben, um wieviel er verkaufen soll, dass sie also ihm eine ungefähre Wertschätzung giebt, wonach er beim Verkauf seinen eigenen Vorteil berechnen kann, als ihm auch sagt, wieviel er heimbringen muss. Diese eigentümliche æstimatio des Trödelvertrages wird nach dem Willen der Paciscenten bald mehr der venditionis, bald mehr der taxationis causa æstimatio ähneln. — Wendt leitet aus der Verfügungsberechtigung des Trödlers das Eigentum ab; Cohn und Michaëlis haben darauf sehr richtig erwidert, dass es sich bei dieser Annahme nur um eine Denkform handle, wie bei der æstimatio venditionis causa die Annahme der venditio Folge einer Denkform sei. «Im übrigen geht in diesem Fall Eigentum nur deswegen über, weil die übergebnen Sachen aufgehört haben, in obligatione zu sein, wovon jedoch beim Trödelvertrag nicht die Rede ist.» — Leist unterscheidet in seinem citiertem Werk drei Fälle: 1. Es wird eine ästimierte fungible Sache an den Trödler mit der Bestimmung gegeben, dass im Fall der Sachrückleistung nur gleichviel in Quantität und Qualität zurückgegeben werde.» Dann geht das Eigentum sofort auf den Trödler über. 2. Der Trödler entscheidet sich für Aestimationsleistung. Dann, falls die Aestimation gezahlt ist, soll der Eigentumsübergang auf den Moment der Hingabe zum Vertrödeln retrotrahiert werden. Ist die Aestimation kreditiert, so entscheidet die Willensbestimmung, sie leisten zu wollen, den Eigentumsübergang. 3. Der Trödler restituiert. Dann will Leist nur das materielle Element der äusseren Sachanvertrauung oder das des Kommittierens der custodia anerkennen.

§ 30. Chambon kommt, infolge seiner Meinung, der Trödelvertrag sei eine conditionalis venditio, zu der Ueberzeugung, dass das Eigentum nicht schon beim Abschluss des Geschäftes, sondern erst bei Zahlung der

Aestimationssumme auf den Trödler übergehe, falls nicht der Tradent hat kreditieren wollen, falls er kreditiert hat, wird der Trödler Eigentümer, sobald er sich nur entschlossen hat, das pretium zu zahlen (also ähnlich wie im Fall 2 bei Leist). Wenn man einen Kauf annimmt, so muss man an Zahlung, Bürgschaft oder Kreditierung denken. Aber falls der Trödelvertrag ein solcher Kauf überhaupt wäre, so müsste man immer ein Kreditgeben annehmen, das liegt schon in den Worten aut rem incorruptam aut æstimationem, eines ausdrücklichen Kreditgebens bedurfte es gar nicht mehr: Der Preis war immer gestundet, der Vertrödler verkauft, lässt aber dem Trödler die Möglichkeit durch Restitution der Sache den Kauf noch rückgängig zu machen und kreditiert deshalb so lange, bis der Trödler sich entschieden hat. — Da wir aber gesehen, dass der Grundgedanke Chambon's, die conditionalis venditio, ein irriger, brauchen wir uns bei den Konsequenzen, die ihm entspringen, nicht aufhalten. — Richtig dürfte so zu entscheiden sein: regelmässig geht das Eigentum erst mit Zahlung der Aestimation auf den Trödler über; das dare der res kann dies nicht allein bewirken, sonst müsste bei allen benannten Realkontrakten die datio Eigentum übertragen. Erst durch die Zahlung der Aestimationssumme erklärt der Trödler, dass er das Eigentum an der Sache erwerben wolle; vor der Bezahlung kann infolge der alternativen Verpflichtung ein Eigentumsübergang nicht angenommen werden. Wohl aber lässt sich, wie Brinz (l. c. S. 36) bemerkt, der Fall annehmen, bei dem ausdrücklich sich beide Parteien als Käufer und Verkäufer denken: «Dann ist ist das dare ein tradere, was aber si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum (l. 11 § 2 D XIX, 1); ausserdem wird ein animus dominii transferendi selten anzunehmen sein.»

Die Gefahr des Zufalls beim Trödelvertrag.

§ 31. Bedeutend älteren Datums als die erste Controverse, ist die Frage, wer beim Trödelvertrag die Gefahr des Zufalls trägt. Und zwar wurde angenommen, dass den Worten des 3. Titels des XIX. Buchs der Digesten: Æstimatio autem periculum facit eius qui suscepit und der l. 5 § 3 D. XIII 6: «et si forte res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo, qui æstimationem se præstaturum recepit» eine Reihe anderer Quellenstellen widersprächen. Daher sind wir gezwungen, auf diese behauptete Antinomie näher einzugehen und zu untersuchen, inwieweit sie thatsächlich besteht. Bei dieser Aufgabe wird eine wesentliche Hilfe die sehr wertvolle Arbeit von Glum: «Ueber die Gefahr beim Trödelvertrag nach römischen Recht», Berlin 1894, für uns sein:

Die gewöhnlich citierten Quellenstellen sind die folgenden:

l. 17 § 1 D. XIX 5: «Si margarita tibi dedero, ut aut eadem mihi afferres, aut pretium eorum, deinde hæc perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo quod et Pompenius scripsit si quidem ego te venditorem rogavi: meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus ut dolum et culpam mihi præstes. actio autem ex hac causa utique erit præscriptis verbis.»

Paulus Sentent. l. II 4 § 4: «Si rem æstimatam tibi dedero, ut ea distracta pretium ad me deferres eaque perierit, si quidem ego te rogavi, meo periculo erit; si tu de vendenda promisisti, tuo periculo erit.»

l. 11 pr. D. XII, 1: «Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem; ego quum non haberem, tamen tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes, et nummis utereris; si vendideris puto mutuam pecuniam factam. Quod

si lancem vel massam sine tua culpa perdideris, priusquam venderes, utrum mihi, an tibi perierit? quæstionis est. Mihi videtur Nervae distinctio verissima, existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam, necne, ut si venalem habui, mihi perierit, quem admodum si alii dedissem vendendam, quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed hæc causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi».

Die ersten Stellen sollen aussagen, dass der Trödler unbedingt die Gefahr zu tragen habe, die andern unterscheiden nach den thatsächlichen Verhältnissen.

§ 32. Schon die Glossatoren (cf. bei Chambon die ältere Dogmengeschichte) suchten die Frage zu lösen, indem sie sagten, dass man die l. 17 als Ergänzung des l. 1 des Titels über den Trödelvertrag anzusehen habe. Oder indem sie (wie es Joannes thut) eine verschiedene Aestimation annahmen. Die eine, um anzudeuten, wieviel der Empfänger zu restituieren habe, dann ginge die Gefahr auf ihn über, die andere, um dem Trödler einen Massstab zu geben, um wieviel er verkaufen solle, dann träge er nur die Gefahr, wenn er selbst den Anstoss zum Geschäft gegeben. Azzo (ad sing. leges XII libri. Codicis ad c. 21 V, 12) hingegen war andrer Meinung: «si vero non dolo vel culpa sed casu fortuito res periierit non tenetur conductor: nec obstat de æst. act. l. 1 § 1, nam quod ibi dicitur, quod æstimatio periculum facit eius qui accipit, non est intelligendum de periculo casus fortuiti, sed de culpa et dolo». Also sollte regelmässig die Gefahr des Zufalles nicht auf den Empfänger übergehen. — So brachte nicht die Glosse und nicht die Folgezeit eine Entscheidung. Später drang immer mehr die Ansicht durch, dass man die einen Stellen als Ergänzung der andern anzusehen habe. (Schon

Cocceji, Voet, Lauterbach, Stryk verfochten diese Meinung).

Aehnlich entscheiden auch viele der Neueren: Glück erklärt, der Trödler trägt die Gefahr, wenn er sie übernimmt, inwiefern er sie übernimmt, gäbe die l. 17 an. Treitschke sagt, qui suscepit hiesse nicht qui rem suscepit, sondern qui æstimationem suscepit, i. e. pretium solvendum. Göschen, Mühlenbruch, Arndts und Mommsen (Beiträge zum Obligationenrecht) meinen, der Trödler trage die Gefahr, wenn er die Veranlassung zum Geschäft gegeben; ebenso urteilen Thibaut, Wening-Ingenheim und Keller, die noch hinzusetzen: oder wenn er einen bestimmten Wert der Sache zu bringen versprochen hat. Puchta war ursprünglich der Ansicht, der Trödler habe immer die Gefahr zu tragen, in den späteren Ausgaben steht der Zusatz: wofern er den Anstoss gab. Bucher (Forderungsrecht) erklärt, ausnahmsweise trägt der Trödler die Gefahr, wenn er schlechthin Zahlung versprochen, oder die Gefahr stillschweigend übernommen hat. Koch (Obligationenrecht) hält sich streng an die Auslegung der l. 17. Sintenis kommt zu dem Schluss, dass man entweder offen die Antinomie zugeben, oder so eine Verbindung der streitenden Stellen bewirken müsse, dass man sage, der Trödler trägt nur die Gefahr, wenn er den Anstoss gegeben. Aehnlich urteilen Windscheid, Vangerow, Baron und Dernburg. Letzterer meint ausserdem, dass Ulpian in l. 1 D. XIX 3 wahrscheinlich nach dem allgemeinen Satz, dass die Aestimation die Gefahr bewirke, noch eine Eröterung der Aestimation des Trödelvertrags, des speziellen Falles, angeschlossen habe, die aber unrichtiger Weise von den Compilatoren gestrichen worden sei. Aehnlich urteilt Accarias (l. c. p. 279, 282), der sagt: l. 1 giebt keine generelle Regel, sondern eine Regel

für den Geschäftsverkehr der Kaufleute. Coviello (l. XVI Nr. XVIII) erklärt, dass der Unterschied nicht in der Aestimation, sondern im Geschäft liege, indem l. 17 gar nicht vom Trödelvertrag handle. Chambon hingegen unterscheidet nach der Verschiedenheit der Aestimation, wenn sie mehr venditionis causa sei, trüge der Trödler die Gefahr, wenn sie mehr taxationis, der Vertrödler. Habe keiner von Beiden den Anstoss zum Geschäft gegeben, so müssten die Grundsätze der Societät in Anwendung kommen, der Trödler nur für dolus und culpa haften. Brinz — Jhering lösen die Antinomie vermittelst der grossen ästimatorischen Klage, für sie treffe die strenge Haftung der l. 1 D. XIX 3 zu, diejenige für den Trödelvertrag wäre in den späteren Bestimmungen auseinandergesetzt. — Diese Ansicht von einer grossen ästimatorischen Klage mussten wir aber schon früher ablehnen.

§ 33. Lipp in seiner oft citierten Schrift sagt: bei dem Trödelvertrag trägt der Trödler unter allen Umständen das periculum. Er weicht also vollkommen von allen neueren Autoren ab, deshalb ist es notwendig, etwas länger bei seiner Meinung zu verweilen. Als Gründe führt er an:

1. Den Basilikentext, der die strenge Haftung des Trödlers vorschreibt (1. *ἡ δὲ διατίμησις ποιεῖ τὸν κίνδυνον τοῦ λαμβάνοντος καὶ χρεωστεῖ ἀποδοῦναι τὸ πρᾶγμα ἀκέραιον, ἢ τὸ συμφωνηθὲν τίμημα.* 2. *Καὶ ὅτι ἡ διατίμησις ποιεῖ τὸν κίνδυνον τοῦ λαμβάνοντος καὶ εἰ μὴ δῴσει τὸ πρᾶγμα δίδωσι τὴν διατίμησιν.*)

2. Dass es ein charakteristisches Moment der Aestimation sei, dass sie bei allen Kontrakten, wo sie auftritt, den Uebergang der Gefahr an den Empfänger bewirke.

3 Dass die l. 17 und das Paulusfragment gar nicht vom Trödelvertrag sprächen (eine Behauptung, die

n. b. schon J. H. Böhmer in seiner citierten Dissertation aufstellt). Grund hiefür sei, dass pretium nie Taxe, sondern immer Erlös heisse, dass man in dem Paulusfragment aber statt rem æstimatam, facto pretio mit der Lex Romana Visigothorum zu lesen habe. In diesen Fällen sei der mit dem Verkauf Betraute an einen festen Preis gebunden und dürfe auch nicht den Mehrerlös für sich behalten. — Wir haben nun schon früher ausgeführt, dass Lipp's Erklärung von pretium nicht acceptabel erscheint.[1]) Aber wäre sie auch acceptabel, so wäre trotzdem nicht abzusehn, warum die Klage für dieses Geschäft unter den act. præscript. verb. aufgeführt würde, denn das Geschäft wäre dann ein Mandat und müsste die Klage aus dem Mandat angewandt werden. Wozu würde überhaupt der Nehmer den Geber zum Geschäft auffordern, wenn er aus ihm keinen Vorteil hätte? Oder wir müssten annehmen, dass er eine merces erhält; dann wäre das Geschäft aber eine Dienst- oder Werkmiete und die Klage aus diesen Verträgen träte in Kraft. — Bei Entwicklung der eigenen Auschauung wird Lipp's Meinung noch näher zu würdigen sein. Zum Schluss des historischen Ueberblicks sei nur noch erwähnt, dass der Code civil sich für die strenge Haftung von seiten des Uebernehmers einer ästimierten Sache ausspricht; allerdings, da er den Trödelvertrag nicht kennt, bei der Leihe. (C. c. L. IV Tit. X S. II § 1883: «Si la chose a été estimée en la pretant la perte, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire.») Ebenso spricht auch dafür l. 5 § 3 D. XIII, 6 (s. u. § 34).

§ 34. Wenn man die angeregte Frage entscheiden

[1]) Es sei übrigens bemerkt, dass auch alle neuesten Autoren: Glum, Liebert, Koch, Cohn, Michaëlis, Wohlfahrt sich gegen Lipp's Ansichten wenden.

will, so muss man zuvörderst untersuchen, inwieweit die citierten Quellenstellen auf den Trödelvertrag wirklich anwendbar sind. Unzweifelhaft sprechen die l. 17 und das Paulusfragment von diesem Kontrakt (ich kann mich Glum's Ansicht S. 66—69 nicht anschliessen, dass das fehlende vendendum dare einen innern Unterschied begründe). Bei dem Geschäft liegt der Fall vor, dass abgeschätzte Sachen zum Verkauf gegeben werden, unter dem Modus, dass entweder die Sache zurückgegeben, oder die Aestimation gezahlt werden müsse) ut aut eadem mihi afferres aut pretium eorum, — ut ea distracta pretium ad me deferres.)

Ganz anders verhält es sich mit der l. 5 § 3 D. XIII 6. Die l. spricht davon, dass bei einer leihweise überlassenen Sache, die eigentlich in natura zurückgegeben werden muss, eine Aestimation stattfindet, die als Taxsumme bei einer Verschlechterung der Sache oder bei deren Untergang dienen soll. Und da im allgemeinen bei dem Commodat eine Aestimation nicht üblich war, so hatte eine solche den Zweck, die Haftpflicht des Entleihers zu erhöhen; sonst hatte er nur für culpa einzustehn, durch die Aestimation soll er auch für den Zufall verhaftet werden. Wir haben es demnach hier mit einem, vom Trödelvertrag wesentlich verschiedenen Geschäft zu thun. Hier handelt es sich nicht darum, dass eine ästimierte Sache zum Verkauf hingegeben wird, sondern es wird eine Sache verliehen, für den Leihvertrag ist aber die Aestimation ein zufälliges Bestandteil, für den Trödelvertrag ein wesentliches. Die l. 5 haben wir daher aus dem Rahmen unserer Betrachtung auszuscheiden.

In der l. 11 D. XII, 1 handelt es sich darum, dass Jemand einem, der ihn um ein Darlehen angeht, statt Geld eine Sache zum Verkauf giebt, mit der Erlaubnis, den Kauferlös wie ein Darlehen zu behalten.

Es fragt sich nun, wer die Gefahr vor Verkauf der Sache trägt? Und der Jurist sagt: wenn ich überhaupt die Sache als eine venalis gehabt habe, quemadmodum si alii dedissem vendendam, wenn es also von vornherein meine Absicht war, ein Geschäft mit ihr zu machen, trage ich die Gefahr des Zufalls. Wenn ich aber aus Interesse für den Schuldner gegeben, so trägt jener die Gefahr. Das in dieser lex besprochene Geschäft steht dem Trödelvertrag bedeutend näher, als das vorhin behandelte. Die Hingabe einer Sache zum Verkauf kommt nämlich mit in Frage und in dem Fall, wo die Sache an und für sich verkäuflich war, liegt ein Hinweis auf den Trödelvertrag. Demnach ist das Geschäft wesentlich von ihm verschieden; schon der Zweck ist ein anderer: beim Trödelvertrag handelt es sich um einen Verkauf, mag dieser auch im Interesse des Trödlers vorgenommen sein, hier dagegen ist der Zweck ein Darlehen zu bestellen; der Verkauf der bei dem einen Geschäft als Endziel dasteht, soll bei dem andern nur Anlass zu einem neuen werden. Da der Darlehensschuldner auch nicht, wie der Trödler, die Hyperocha für sich behalten kann, so würde das Geschäft noch eher an ein Verkaufsmandat erinnern.

§ 35. Zur Beurteilung unseres Falles bleibt daher also nur l. 1 D. XIX, 3, zu deren Bekräftigung noch der Basilikentext hinzutritt, und andrerseits l. 17 D. XIX, 5 und das Paulusfragment.

Nehmen wir nun an, dass in den angeführten Stellen der Text richtig überliefert sei, so müssen wir zugeben, dass die Antinomie nicht zu lösen ist. Denn einfach sagen, man müsse die einen Stellen aus den andern erklären, erscheint zu gewagt. In den Stellen ist von dem gleichen Geschäft die Rede und doch wird die Gefahr des Zufalls ganz verschieden beurteilt. Der Gegensatz lässt sich nicht ohne weiteres heben, aus

dem Quellentext lässt sich die Antinomie nicht lösen. Denn auch die Theorie, die Glum neuerdings in seiner citierten Arbeit aufstellt und die ich schon erwähnt habe, giebt keine Lösung; das Wort «vendendum», das einmal angewandt, einmal nicht angewandt wird, stempelt nicht die Fälle zu solchen mit ganz ungleichen Thatbeständen; wenn auch Glum es als ein Charakteristikum der römischen Juristen hinstellt, wegen geringfügigster Abweichungen die verschiedenartigsten Entscheidungen zu fällen! — Viel eher müssen wir annehmen, dass der Text der l. 1 uns nur verstümmelt überliefert ist, dass die Kompilatoren eine ungeschickte Streichung vorgenommen haben. — Welchen von beiden Fällen wir immer setzen, so müssen wir doch versuchen, selbständig die Antinomie zu lösen, einmal um unabhängig von den Quellen aus logischen Gründen uns eine Meinung zu bilden und dann um zu versuchen, den Sinn der fehlenden Textworte zu ergänzen.

§ 36. Um zu solchem Resultat zu gelangen, müssen wir uns über die verschiedenen Bedeutungen der æstimatio klar werden: Die æstimatio trägt immer den Charakter einer Sicherstellung für denjenigen, der eine ästimierte Sache aus irgend einem Grund einem andern übergiebt.

Am wenigsten tritt dieses Moment bei der æstimatio taxationis causa hervor. Sie giebt nur insofern eine Sicherheit, als sie gleich von vorneherein einen Massstab bestimmt, den der Unternehmer zu zahlen hat, wenn durch seine culpa lata, aber nicht durch culpa levis oder casus eine Verschlechterung oder der Untergang der Sache herbeigeführt wird (cf. l. 60 § 7 D. XXIII, 3; c. 21 C. V, 12). — Erhöht wird die Haftung auch für das Einstehen für culpa levis in dem Fall der Societät l. 52 § 3 D. XVII, 2. Denn die Grundsätze der Societät verlangen es, dass der sonst

nur für culpa lata Verhaftete allen Fleiss im Bewahren der Sache anwenden muss.

Ein häufiger Fall der Aestimation ist der, dass entweder durch sie sofort ein Kauf zustande kommt, oder dass sie wenigstens die Gefahr des Zufalls auf den Uebernehmer überträgt. Der vornehmste Fall hierfür ist die Aestimation, die venditionis causa geschieht bei der Dosbestellung. Hier liegt ein Kreditkauf vor, statt der dos muss der Empfänger stets die Aestimationssumme restituieren. — Alle Konsequenzen des Kaufs finden statt: die actio ex empto, das Gefahrtragen schon vor der Tradition, dass der Mann das commodum rei erhält, dass er Anspruch wegen Entwährung hat u. s. w. Daher sagen auch die Quellen æstimatio venditio est. Nur ist dem Empfänger wegen Benachteiligung in ausreichenderer Weise als dem Käufer geholfen, da das Geschäft kein reiner Kauf, sondern ein Kauf zum Zweck der dos ist (l. 16 D. XXIII 3: «non simplex venditio sed dotis causa»). Ein gleicher Fall der æstimatio ist der der l. 3 D. XIX 2. — Ein Uebertragen der Gefahr des Zufalls zieht die æstimatio nach sich für den Pächter, der einen abgeschätzten Sklaven übernimmt (l. 54 § 2 D. XIX 2), der schon besprochene l. 5 § 3 D. XIII 6, und in der ebenfalls erwähnten Art der dos venditionis causa, wo der Mann das Wahlrecht zwischen Restitution der Sache oder Zahlung hat: Dort heisst es freilich «æstimatio nulla est» (scilc.: venditio), aber auch: «æstimationem omni modo maritus præstabit» (l. 10 § 6 D. XXIII, 6).

§ 37. Wenden wir das so gewonnene Resultat auf den Trödelvertrag an: Wir hatten seinen eigentümlich wechselvollen Charakter gefunden, der ihn bald dem, bald jenem Kontrakt ähneln lässt; wir hatten als Konsequenz jenes Charakters bemerkt, dass die Aestimation bald eine venditionis causa, bald eine taxa-

tionis causa zu sein scheine, indem sie bald mehr angiebt, wieviel der Trödler heimbringen soll, bald ihm mehr als Massstab für den Verkauf gilt. — Sehen wir nun, was die l. 17 sagt: Jemand hat einem andern eine ästimierte Sache zum Verkauf gegeben, unter der alternativen Verpflichtung, entweder die Sache zurückzugeben oder den Preis zu zahlen. Die lex unterscheidet folgende 3 Entstehungsfälle des Trödelvertrags:

1. Der Geber bittet um den Verkauf der Sache, dann haftet der Empfänger nur für dolus und culpa lata;

2. der Empfänger geht den Geber um den Verkauf an, dann haftet er auch für periculum casus;

3. keiner von Beiden hat direkt aufgefordert, sondern im beiderseitigen Interesse ist das Geschäft unternommen, dann haftet der Empfänger für dolus und culpa.

Erklären wir nun aus dem Vorhergehenden diese verschiedene Haftung (cf. Koch III § 360, Bucher § 113, Mommsen I § 24, Coviello XVI, Nr. XVIII, Glum l. c. S. 70 u. 71).

Im ersten Fall hat der im Interesse des Gebers unternommene Trödelvertrag eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Verkaufsmandat. Der Geber bleibt so zu sagen der eigentliche venditor. Der Trödler übernimmt mehr die Rolle des Bevollmächtigten, er erscheint als Geschäftsführer für den Vertrödler. Die æstimatio nähert sich der taxationis causa æstimatio; sie zeigt an, um wieviel der Trödler veräussern soll, also wird nach Analogie der Haftung der dos taxationis causa der Trödler nur für dolus und culpa lata einzustehen haben.

Ganz anders im zweiten Fall: Hier handelt es sich um das eigene Interesse des Trödlers, er erscheint als venditor, als Geschäftsherr. Die Aestimation nähert sich der æstimatio venditionis causa bei der dos, bei

der dem Ehemann das Wahlrecht gelassen ist. Die Grundsätze dieser æstimatio werden angewandt, also muss der Trödler auch das periculum casus tragen.

Wieder anders im dritten Fall: Das Verhältnis der Paciscenten gemahnt an das der Societäre, denn im beiderseitigen Interesse wird gearbeitet. Die Aestimation ist die der Societät: folglich haftet der Trödler für dolus und culpa levis (analog diesen Entscheidungen dürfte auch die wenig beachtete Frage zu beantworten sein, wer das commodum rei hat).

So sind wir zu der Einsicht gelangt, dass die Bestimmungen der l. 17 uns als logisch begründete erscheinen. Die Gesetzesantinomie ist dadurch nicht gelöst, auch auf Grund der Textkritik ist es noch nicht gelungen, sie zu beseitigen. Man müsste denn die Lipp'sche Verwerfung der l. 17 des Paulusfragments billigen, die Glum'sche Erklärung des vendendum dare oder die Brinz-Jhering'sche Anschauung einer grossen ästimatorischen Klage teilen. Ich vermochte es nicht zu thun und so muss ich bekennen: «sed adhuc sub iudice lis est.»

---

§ 38. Werfen wir zum Schluss noch einen kurzen Rückblick auf die historische Entwicklung der Lehre vom Trödelvertrag.

Seine Entstehung verdankt er, wie es die Ulpiansworte sagen, verschiedenen andern Verträgen. Später erst fand man seine charakteristischen Elemente, die ihn als selbständigen Vertrag kennzeichnen, endlich entdeckte man, dass seine Natur zu kompliziert für eine feststehende demonstratio war, ein agere præscriptis fand statt, das in der justinianischen Zeit in eine actio præscriptis verbis sich wandelte. — Diese seine Entstehung brachte es mit sich, dass die Grenzen, die dem

Vertrag gezogen sind, oft schwer nur zu unterscheiden sind; dass man ihn als Sprössling verschiedener Kontrakte erkennt, indem er sich bald mehr zu diesem, bald mehr zu jenem neigt. — Und darin, in dieser wechselnden Natur sind die Schwierigkeiten begründet, die sich von alters her bis auf unsre Tage der Definition und Analyse des Trödelvertrages entgegenstellen.